

LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

PAR

CHRISTIAN BIQUEZ

Docteur en Droit

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

*Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Caen
et honoré d'une subvention du
Ministère de l'Education Nationale*

PRÉFACE DE

Monsieur LEPARGNEUR

Professeur de Droit Commercial
à la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Caen

1958

LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

PAR

CHRISTIAN BIQUEZ

Docteur en Droit

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

*Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Caen
et honoré d'une subvention du
Ministère de l'Education Nationale*

PRÉFACE DE

Monsieur LEPARGNEUR

Professeur de Droit Commercial
à la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Caen

IMPRIMERIE DE LA PRESSE
37, RUE FONTENELLE - LE HAVRE

1958



A MON GRAND-PERE MATERNEL



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MONSIEUR LE PROFESSEUR J. LEPARGNEUR,

Qui a bien voulu nous guider dans
nos travaux et préfacer cet ouvrage.

*Témoignage de respectueuse reconnaissance
et de profonde gratitude.*

PRÉFACE

Il faut savoir gré à Monsieur BIQUEZ d'avoir songé à présenter une étude d'ensemble des promesses de vente de fonds de commerce. Il s'est attaqué là à un sujet de grande actualité auquel aucun ouvrage détaillé n'avait encore été consacré. Il faut vraiment lire ce livre pour se rendre compte de l'intérêt et de la multiplicité des problèmes abordés. Il est même surprenant qu'ils n'aient pas davantage attiré l'attention des juristes malgré l'abondance de la jurisprudence, malgré les cas innombrables où les praticiens se sont trouvés embarrassés. Ces problèmes, Monsieur BIQUEZ les a creusés de façon magistrale, sans rien laisser dans l'ombre, tant du point de vue des principes du droit que de celui de la pratique. Cela ne pouvait se faire qu'avec une connaissance approfondie du droit civil et du droit commercial, jointe à un sens aigu des réalités concrètes.

Comme le souligne l'auteur, presque toutes les ventes volontaires de fonds de commerce sont précédées de la rédaction d'une promesse de vente, improprement appelée « compromis ». Ce contrat est donc d'un usage fréquent. Il est également vrai qu'il engendre beaucoup de difficultés juridiques. Aussi ne faut-il pas s'étonner du nombre des procès soulevés.

L'étude qui va suivre est bien divisée, très fouillée, vigoureusement menée, aussi bien dans la première partie, consacrée à la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce, que dans les deux autres, où Monsieur BIQUEZ étudie successivement les conditions de validité et les effets de telles promesses.

Il existe deux grandes familles de promesses de vente de fonds de commerce : les promesses unilatérales et les promesses synallagmatiques. L'auteur recherche les caractéristiques spécifiques de ces deux catégories de promesses et trace une ligne frontière entre les unes et les autres de façon qu'on ne commette aucune erreur de terminologie ou de qualification. Ce travail n'était pas inutile, puisque certaines juridictions effectuent en ce domaine des confusions regrettables (p. 17). Il était par exemple opportun de préciser la nature juridique de la promesse de vente acceptée et de montrer que cette dernière constitue une promesse unilatérale.

Les parties qui recourent aux promesses de vente de fonds de commerce insèrent généralement dans leur contrat des clauses accessoires : clause d'arrhes, clause pénale et clause de dédit qui posent des problèmes importants. Monsieur BIQUEZ, après avoir poursuivi une étude analytique et synthétique de ces différentes clauses accessoires, se penche sur une question très controversée en doctrine et en jurisprudence : peut-on valablement stipuler un « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale ? Certains auteurs et certaines juridictions ont soutenu qu'on ne peut condamner le bénéficiaire d'une promesse unilatérale, qui ne s'engage pas à acquérir, à verser une certaine somme d'argent pour le cas où il n'acquiert pas. Il est certain que l'expression « dédit » est malencontreuse et devrait être remplacée

par « prix de la promesse » ou « indemnité d'attente ». Cette remarque faite, nous estimons qu'il est permis de prévoir, dans une promesse unilatérale, que le titulaire de l'option paiera une certaine somme dans le cas où il ne se décidera pas à acheter le fonds de commerce. Cette somme correspond, à notre avis, au prix de la promesse consentie par le propriétaire de l'établissement ou, si l'on préfère, à une indemnité d'attente destinée à compenser le préjudice que supporte le promettant obligé d'attendre pendant un certain délai la décision du bénéficiaire. Très souvent, les signataires d'une promesse unilatérale de vente stipulent qu'en cas de levée d'option le prétendu « dédit » versé par le bénéficiaire s'imputera jusqu'à due concurrence sur le prix de vente du fonds de commerce. Cette imputation de l'indemnité d'attente sur le prix de vente de l'établissement n'ébranle pas la solidité de notre point de vue. On peut fort bien concevoir, en effet, qu'en cas de réalisation de la vente la promesse initiale sera gratuite. Le principe de la liberté des contrats oblige l'interprète à admettre un pareil procédé. On peut également soutenir que le prix de vente du fonds de commerce est établi d'une façon telle qu'il comprend le prix de la promesse unilatérale. L'imputation du « dédit » sur le prix de vente du fonds de commerce dans l'hypothèse de levée d'option n'est donc pas inexplicable et ne nous interdit pas de considérer finalement ce « dédit » comme le prix de la promesse ou comme une indemnité d'attente. On est amené à prévoir que la Cour de cassation admettra la licéité du dédit à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce.

La clause de dédit exerce une influence sur la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce. L'auteur montre que le dédit n'équivalait pas à une faculté de résiliation unilatérale ou à une condition résolutoire, mais qu'il doit être analysé comme une condition suspensive conformément à l'intention commune des parties. Les contractants désirent le plus souvent que le promettant demeure propriétaire de l'établissement jusqu'au moment de la délivrance du fonds et qu'il conserve les bénéfices obtenus entre la conclusion de la promesse et l'entrée en jouissance de l'acquéreur. De la sorte, il est inutile d'établir un compte de liquidation. Le bénéficiaire ne réclame jamais les revenus réalisés par son cocontractant depuis la signature du contrat préparatoire de promesse, parce qu'il estime ne pas avoir la propriété du fonds avant la prise de possession. Cette intention souveraine des auteurs de la convention éclaire la nature juridique du dédit qui apparaît bien, en raison de cet impératif psychologique, comme une condition suspensive dépourvue de son effet rétroactif, parce que telle est la volonté des parties. Cette analyse juridique est importante, car elle fixe à la fois le moment du transfert de propriété et l'époque de l'exigibilité des droits de mutation au jour de la réalisation de la condition suspensive, c'est-à-dire au jour de la signature de la vente définitive.

Après avoir étudié la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce, Monsieur BIQUEZ examine les conditions de validité de ces contrats. Il se demande, tout d'abord, si les promesses verbales sont valables, ce qui l'amène à interpréter l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 selon lequel dans tout acte de cession le vendeur est tenu d'énoncer certains renseignements. L'auteur montre que ce texte n'est pas dérogaire au principe de la liberté des formes en matière commerciale, et qu'une promesse conclue verbalement est licite, tout en étant annulable durant un an pour ne point comporter ces mentions prévues par l'article 12 susvisé. A l'appui de la validité des promesses verbales, la doctrine et la jurisprudence avancent généralement un argument qui, après examen, paraît spécieux à Monsieur BIQUEZ. On soutient que la promesse verbale est valable parce que la nullité édictée par le dernier alinéa de l'article 12 précité est simplement relative. Or on sait que la nullité absolue constitue la sanction normale des règles de forme. On en déduit, par suite, la licéité du recours à la forme verbale en notre matière. L'auteur fait remarquer que la nullité prévue par l'article 12 sanctionne une condition de validité quant au fond et ne préjuge pas le

problème de la forme. Les travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés illustrent cette assertion qui n'avait jamais été jusqu'alors mise en lumière.

Dans le chapitre VIII, Monsieur BIQUEZ passe en revue les conditions de validité de droit commun des promesses de vente de fonds de commerce : consentement, capacité, objet et propriété. Il constate avec raison que les indications insérées dans l'acte en vertu de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 ne suppriment pas les vices de consentement, et qu'une promesse de vente peut être annulée pour vice du consentement, alors même que le contrat ne peut plus être attaqué sur le terrain de l'article 12 en raison de l'expiration du délai d'un an. L'auteur recherche ensuite si les personnes dont la capacité est restreinte ou supprimée sont en droit de signer une promesse de vente de fonds de commerce, soit en qualité de promettant, soit en qualité de bénéficiaire. De nombreux cas qui peuvent surgir dans la pratique des affaires sont ici minutieusement étudiés et tranchés. La capacité de la femme mariée, dont l'importance n'échappe à personne, est longuement examinée dans la perspective d'un recours éventuel à la location-gérance réglementée par la loi du 20 mars 1956.

Conscients des menaces de la dépréciation monétaire, les signataires des promesses de vente de fonds de commerce prévoient assez souvent que le prix de vente de l'établissement sera déterminé à l'aide d'une clause d'échelle mobile. Monsieur BIQUEZ ne manque pas de préciser les limites de la licéité de ces clauses et de tirer toutes les conséquences juridiques de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 juin 1957.

Dans le chapitre IX, l'auteur se penche sur un sujet du plus grand intérêt pour les rédacteurs de promesses de vente de fonds de commerce : celui des mentions obligatoires énoncées par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Il est certain que ces renseignements doivent être insérés dans les promesses synallagmatiques qui équivalent à des ventes. La théorie de l'engagement de faire, en vertu de laquelle la promesse bilatérale serait un acte provisoire non visé par l'article 12, va en effet à l'encontre des prescriptions de la loi et a été justement condamnée par la Cour de cassation. Il est plus douteux que les promesses unilatérales de vente doivent également comporter ces énonciations légales. Le texte ne concerne-t-il pas « tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce » ? Monsieur BIQUEZ repousse, néanmoins, cette interprétation littérale et pense que les mentions prévues par l'article 12 sont à insérer aussi dans les promesses unilatérales. Il invoque, à cet effet, le principe selon lequel la promesse unilatérale est soumise aux mêmes conditions de validité que la vente sauf une : le bénéficiaire consent à prendre acte de la promesse, mais non à acquérir. Il s'appuie de même sur les intentions du législateur et les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1935. Il paraît évident que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale démunie des renseignements légaux ne pourra émettre un consentement éclairé et qu'il court le risque de conclure une mauvaise affaire pour ne point perdre l'importante indemnité d'attente très généralement stipulée. Cette interprétation fondée sur l'esprit de la loi satisfait sans doute l'équité et assure une protection efficace des intérêts des bénéficiaires de promesses unilatérales. Il faut souhaiter que la Cour de cassation se rallie à cette opinion quand elle sera amenée à prendre parti sur cette question très controversée, et que la loi du 29 juin 1935 soit réformée de manière à éviter toute ambiguïté.

Certaines énonciations prévues par l'article 12 susvisé soulèvent des difficultés. Il en est ainsi, en particulier, des mentions relatives au chiffre d'affaires et aux bénéfices commerciaux. Le promettant est tenu, en effet, d'énoncer « le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans et les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ». Le concept d'année d'exploitation prête à discussion ; il est diversement défini par les auteurs et la jurisprudence. Après une critique serrée, Monsieur BIQUEZ adopte la thèse d'après laquelle l'année d'exploita-

tion doit être calculée de quantième à quantième, rétroactivement à partir du jour de la promesse. Cette opinion, consacrée par la Cour suprême, présente l'avantage de mettre les acquéreurs éventuels à l'abri de sérieuses déconvenues. Il faut reconnaître, cependant, que son application est assez délicate en ce qui concerne les bénéfices réalisés depuis la clôture du dernier exercice comptable.

L'auteur attire justement l'attention des rédacteurs de promesse de vente sur la nécessité d'insérer ces mentions obligatoires le jour même de la conclusion de la promesse et en présence des parties intéressées. De la sorte, toute voie de repli avantageuse est coupée au bénéficiaire qui désirerait se dégager du lien contractuel tout en évitant la perte du dédit et plaiderait dans ce but la nullité de la convention pour défaut des énonciations légales.

On sait que l'omission des mentions obligatoires peut, sur la demande du bénéficiaire formée dans l'année, entraîner la nullité de la promesse. Monsieur BIQUEZ examine avec soin les conditions du prononcé de cette nullité et montre que, dans les cas les plus fréquents, la promesse est annulée quand le bénéficiaire subit une lésion. Il semble effectivement que la loi du 29 juin 1935 fasse échec à la règle selon laquelle la lésion n'est pas admise entre majeurs. La démonstration de l'auteur emporte l'adhésion, bien que son point de vue ne soit pas généralement suivi par la doctrine.

La troisième partie de l'ouvrage est réservée à l'étude des effets des promesses de vente de fonds de commerce. Dans le chapitre X, Monsieur BIQUEZ recherche si la promesse de vente est translatrice de la propriété et des risques. La promesse unilatérale, qui ne comporte pas le consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix, ne transfère pas la propriété et les risques. Il faut attendre le moment de la levée d'option pour que l'effet translatif se produise. Encore faut-il que cette levée d'option réunisse toutes les conditions de validité. Par contre la promesse synallagmatique, qui vaut vente conformément à l'article 1589 du Code Civil, emporte en principe transfert de la propriété et des risques. Cependant, les signataires d'une promesse bilatérale conviennent couramment que le transfert de la propriété et des risques aura lieu au moment de la prise de possession par l'acheteur. Dans ce but, elles insèrent dans leur convention une condition suspensive et renoncent à la rétroactivité de cette condition. Cette étude préalable du transfert de la propriété et des risques permet à l'auteur d'effectuer ensuite une analyse intéressante de la situation juridique du promettant et du bénéficiaire, de déterminer les droits et les obligations de chacune des parties, de rechercher si le promettant, par exemple, peut céder son fonds en location-gérance ou constituer un nantissement. Monsieur BIQUEZ examine dans les détails la sanction à laquelle s'expose l'auteur d'une promesse unilatérale qui vend sa maison de commerce en violation des droits du bénéficiaire de l'option.

Les promesses de vente de fonds de commerce sont presque toujours conclues à l'aide d'un intermédiaire. Monsieur BIQUEZ consacre à la situation juridique de cet intermédiaire un long chapitre qui retiendra certainement l'attention des praticiens et leur rendra d'appréciables services. L'auteur montre que l'intermédiaire peut intervenir de différentes manières, qu'il peut agir en qualité de loueur d'industrie, de courtier ou d'agent d'affaires, et que les conditions d'octroi d'une rémunération changent suivant la qualité juridique du professionnel. Contrairement à un courant doctrinal, Monsieur BIQUEZ estime que l'intermédiaire doit toucher sa commission dans le cas où la promesse de vente est frappée de caducité. Sa démonstration sera sans doute lue avec profit par les mandataires en vente de fonds de commerce qui éprouvent parfois des difficultés à faire respecter leurs droits dans cette occurrence.

Décidé à conférer à son ouvrage un caractère éminemment pratique, l'auteur termine l'étude des promesses de vente de fonds de commerce par l'examen des formalités de publicité et d'enregistrement. Il pense, avec juste

raison, qu'une promesse synallagmatique de vente avec clause de dédit doit être enregistrée au droit fixe, car il attribue à ladite clause la nature d'une condition suspensive.

Il semble que les praticiens trouveront dans ce volume la solution de tous les problèmes que peuvent susciter les promesses de vente de fonds de commerce. L'œuvre est d'actualité, puisqu'il y est fait mention de décisions rendues par les tribunaux durant l'année 1958. La jurisprudence, si importante en cette matière, fait l'objet d'une analyse minutieuse accompagnée de toutes les références désirables. Plus de 500 jugements et arrêts sont commentés, trait qui révèle l'ampleur de cet ouvrage. Par de judicieuses et multiples citations, l'auteur dispense ses lecteurs de se reporter aux encombrants recueils.

Complété d'un formulaire et de deux tables de matières, ce volume, si substantiel et agréablement écrit, se présente comme un instrument de travail précieux pour tous les praticiens qui s'intéressent aux promesses de vente de fonds de commerce, d'abord pour ceux qui les rédigent : mandataires en vente de fonds de commerce, conseils juridiques et notaires, ensuite pour ceux qui sont appelés à prendre parti sur des promesses litigieuses : avocats et magistrats. On s'explique donc aisément que la Faculté de Caen ait décerné à l'auteur d'un tel ouvrage la plus haute récompense dont elle ait pu disposer.

Jean LEPARGNEUR
Professeur de droit commercial
à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Caen

CODE

DES ABRÉVIATIONS

Act. jur. loy.	Actualité juridique des loyers
Art.	Article
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Chap.	Chapitre
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Comm. sup. cassation	Commission supérieure de cassation
Comp.	Comparer
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D. C.	Dalloz critique
Déb. Cons. Rép.	Débats du Conseil de la République
Déb. Parl. ch. dép.	Débats parlementaires de la Chambre des Députés
Déb. Sén.	Débats du Sénat
D. H.	DALLOZ hebdomadaire
D. H. (S)	DALLOZ hebdomadaire (sommaire)
Dict. enreg.	Dictionnaire de l'enregistrement
Doct.	Doctrine
D. P.	Dalloz périodique
D. S. (S.)	DALLOZ-SIREY (sommaire)
Fasc.	Fascicule
Form.	Formulaire
Gaz. Prud.	Gazette des prud'hommes
Gaz. trib.	Gazette des tribunaux
Gaz. trib. com.	Gazette des tribunaux de commerce
G. J. C. L.	Gazette judiciaire et commerciale de Lyon
G. P.	Gazette du palais
J. C. C.	Jurisclasser commercial
J. C. N.	Jurisclasser notarial
J. C. P.	Jurisclasser périodique
J. C. P. éd. not.	Jurisclasser périodique édition notariale
J. juges de paix	Journal des juges de paix
J. Marseille	Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille
J not	Journal des notaires
J. O.	Journal officiel
J. trib. com.	Journal des tribunaux de commerce
M. J. L.	Moniteur judiciaire de Lyon
N. R. D.	Nouveau répertoire DALLOZ
P. Page	Page
Par.	Paragraphe
Rapp.	Rapprocher
R. D. C.	Revue trimestrielle de droit commercial
R. dr. fr.	Revue de droit français commercial, maritime et fiscal
Rec. arr. C. de Rouen	Recueil des arrêts des Cours de Rouen et Caen
Rec. Cour de Caen	Recueil des arrêts de la Cour de Caen et des jugements des tribunaux civil et de commerce

VIII

Rec. Hav.	Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. not. enreg.	Revue du notariat et de l'enregistre- ment
Rev. trim.	{ Revue trimestrielle de droit civil
Revue trimestrielle	
R. F. C.	Revue des fonds de commerce et des baux commerciaux
R. J. A. L.	Revue juridique d'Alsace-Lorraine
R. N. B.	Revue nouvelle de la Basoche
R. P. D.	Répertoire pratique DALLOZ
S.	Recueil de jurisprudence SIREY
S. J.	Semaine juridique
Suiv.	Suivantes
T.	Tome
Tab.	Table
Th.	Thèse
T. q.	Table quinquennale
Trav. prép.	Travaux préparatoires du Code civil
Trib. civ.	Jugement du tribunal civil
Trib. com.	Jugement du tribunal de commerce
Trib. corr.	Jugement du tribunal correctionnel
Trib. paix	Décision du tribunal de paix
Vo f. de c.	Verbo fonds de commerce.

INTRODUCTION

« C'est la convention qui donne le plus de prises aux moyens de se tromper, qu'un intérêt sordide ne suggère que trop souvent ». Cette assertion, que le Tribun Grenier (1) applique à la vente, nous semble convenir davantage encore à la promesse de vente de fonds de commerce, matière fertile en procès, riche en controverses, mais pauvre en dispositions législatives et ouvrages doctrinaux. Cette pauvreté et cette richesse nous incitent à présenter une étude d'ensemble de ce contrat peu réglementé, peu analysé et cependant d'une grande importance pratique et théorique.

Carence législative au sujet des promesses de vente de fonds de commerce. Le Code de commerce, rédigé à une époque où la notion moderne de fonds de commerce n'était pas encore dégagée, les ignore totalement. Le Code civil ne consacre au concept de promesse de vente en général que deux articles : 1589 et 1590, dont le sens est discuté. Les lois postérieures qui ont limité les prérogatives du propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds, en instituant sous certaines conditions, au profit du commerçant, le droit au renouvellement du bail, ont accru le nombre des ventes d'établissements commerciaux. Pour moraliser les cessions de fonds de commerce, le législateur a voté la loi du 29 juin 1935, qui est muette sur les promesses de vente. On est donc autorisé à faire état d'une carence législative, qu'aggrave encore la carence de la doctrine.

Jusqu'alors, en effet, aucun auteur n'a examiné d'une façon approfondie les promesses de vente de fonds de commerce. Les ouvrages généraux sur le droit des fonds de commerce sont brefs sur ce point. Les bibliographies ne font mention d'aucune étude suivie relative à notre sujet, mais seulement de quelques articles de revue déjà anciens. Il faut excepter, néanmoins, un très remarquable exposé dû à la plume de M. Précigout (2). Le catalogue des thèses de doctorat que possède la Faculté de Paris n'indique aucun travail de ce genre consacré à notre matière, qui est cependant d'un grand intérêt pratique et théorique.

(1) Fénet t. XIV p. 181

(2) Formules commentées — Promesses unilatérales de vente d'immeubles ou de fonds de commerce. Constitution et effets de la promesse J.C.P. éd. not. 1955. 1.1243.

Presque toutes les ventes volontaires de fonds de commerce sont, en effet, précédées d'une promesse. Les commerçants qui désirent vendre leur établissement recourent très souvent aux services d'agents spécialisés. Ces derniers recherchent un acquéreur, rapprochent les parties, obtiennent l'accord de leurs volontés, qu'ils s'empressent de figer en quelque sorte à l'aide d'une promesse, car ce consentement réciproque est fragile et peut vivre « ce que vivent les roses, l'espace d'un matin ».

Les promesses de vente de fonds de commerce sont nombreuses et peu réglementées. Comment s'étonner, dans ces conditions, qu'elles soulèvent des problèmes épineux et provoquent l'intervention fréquente des tribunaux et cours. C'est là qu'apparaît l'intérêt théorique qui légitime la curiosité de l'interprète : les promesses sont complexes et suscitent des questions délicates, ne serait-ce que celle de leur définition.

Définir les promesses de vente de fonds de commerce constitue une entreprise difficile, parce qu'il n'y a pas une, mais des promesses de vente de fonds de commerce, parce qu'il existe, d'autre part, des promesses à l'état pur et des promesses compliquées de clauses accessoires : clauses de dédit, clauses d'arrhes, clauses pénales. Néanmoins, ce problème de la définition n'est pas insoluble, car toutes ces conventions possèdent un trait commun : elles préparent toutes, avec plus ou moins d'efficacité, la conclusion d'une cession ferme. Voilà pourquoi il nous semble possible de présenter en ces termes notre contrat :

La promesse de vente de fonds de commerce est une convention préparatoire, qui lie une personne désireuse de vendre son fonds, appelée promettant, à un amateur désireux de l'acquérir, dénommé bénéficiaire, et vise à la transmission de la propriété de ce fonds.

Nous aurons résolu ce problème de la définition, lorsque nous aurons précisé ce qu'il faut entendre par fonds de commerce. Cette notion est très controversée en doctrine, peut-être parce qu'on ne tient pas suffisamment compte des réalités pratiques, qu'il s'agit, selon nous, d'observer, puis de traduire en langage juridique.

Quand on s'interroge sur la texture d'un fonds de commerce et sur les raisons de sa prospérité ou de sa décadence, on remarque qu'il existe un rapport causal entre cette prospérité ou cette décadence et le nombre des clients et chalands qui fréquentent l'établissement. Pas de prospérité sans clients. Mais pas de clients sans certains éléments indispensables au bon fonctionnement de la maison : un emplacement bien situé, donc un local, donc un droit au bail, un certain matériel, un certain outillage surtout dans les fonds d'industrie, un certain agencement qui permettra de satisfaire vite et bien dans un cadre agréable et rationnel les demandes de la clientèle, un stock de marchandises, un nom connu, une enseigne réputée, parfois même des droits de propriété industrielle ou littéraire. Un fonds de commerce doit, par conséquent, sa prospérité, en premier lieu à des clients, en second lieu à certains éléments nécessaires pour attirer et retenir la clientèle.

Les auteurs, unanimes, soutiennent que ces éléments mobiliers, corporels ou incorporels, forment un tout qu'ils définissent de différentes manières. Pour les uns, le fonds de commerce constitue une universalité juridique (1). C'est une erreur, car les dettes commerciales sont celles du commerçant et non de l'établissement, et le passif n'est pas transmis au cessionnaire, sauf convention contraire. D'autres considèrent le fonds de commerce comme un patrimoine d'affectation (2). Mais les capitaux investis dans la maison de commerce font partie intégrante de la fortune du négociant. D'autres encore estiment que le fonds consiste en une simple universalité de fait (3). Cette définition est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence (4). Cette opinion nous paraît peu juridique et nous semble exprimer uniquement cette idée que le fonds est un malgré la diversité de ses éléments. D'après M. le doyen Ripert (5), « le fonds n'est autre chose que le droit à la clientèle ». Cette conception marque un notable progrès sur les précédentes. Elle présente le mérite de traduire les réalités pratiques, en particulier l'importance primordiale de la clientèle dans le fonds de commerce.

Aussi, nous modifierons peu la définition élaborée par M. le doyen Ripert. Nous nous bornerons à insister davantage sur le rapport entre l'exercice du droit à la clientèle et certains éléments corporels ou incorporels :

Le fonds de commerce est un droit à la clientèle qui exige des biens mobiliers affectés à son exercice : enseigne, nom commercial, droit au bail, matériel, outillage, marchandises, droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique (6).

Il en résulte la conséquence suivante : pour qu'il y ait promesse de vente de fonds de commerce, il faut que la convention porte sur le droit à la clientèle, soit ouvertement, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, soit secrètement. Pour tourner la loi, les parties déclarent parfois dans l'acte que le contrat a pour objet la cession du droit au bail et du matériel, mais ne comprend pas celle du droit à la clientèle (7). Le plus souvent, cette exclusion n'est qu'apparente. Il en est ainsi lorsque la partie cédante s'interdit de se rétablir. Dans cette occurrence, il appartient aux tribunaux de restituer à l'accord sa véritable nature juridique. Quelquefois, les signataires du contrat entendent véri-

(1) Crémieu R.F.C. 1935.311 ; Hamel et Lagarde n° 216

(2) Chauveau D.H. 1939 Chr p. 37

(3) Escarra n° 251 - comp. Cohen n° 18

(4) Req. 13 mars 1888 D.P. 1888.1.351, Aix 11 janv. 1905 D.P. 1905.2.72, Civ 31 oct. 1906 D.P. 1906.1.528, Civ. 17 juin 1918 S. 1922.1.313 note H. Rousseau.

(5) N° 450

(6) Comp. Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés t. III p. 429 et t. IV p. 409 chap. 1, art. 1

(7) Aix 7 déc. 1937 R.F.C. 1938.180 ; Trib. com. Le Havre 16 mai 1938 Rec Hav. 1939.1.8

tablement exclure le droit à la clientèle des éléments cédés. Il n'y a pas, dans ce cas, promesse de vente de fonds de commerce.

Les promesses de vente de fonds de commerce sont souvent dénommées « compromis de vente ». Nous bannissons une fois pour toutes cette expression malencontreuse. Chaque technicien a son vocabulaire spécial. Il ne doit pas le trahir en usant d'une terminologie défectueuse. Le terme « compromis » a une signification précise : il désigne une convention d'arbitrage. Il n'est pas synonyme de promesse de vente.

La promesse de vente de fonds de commerce est une convention préparatoire : ce caractère explique, dans une grande mesure, l'ampleur des problèmes qui assaillent le juriste dans la recherche de la nature juridique, des conditions de validité et des effets de ce contrat.

Entre la simple pollicitation, qui n'est pas encore une promesse de vente, et la promesse synallagmatique de vente, que l'on assimile couramment à la vente, se situe toute une série de conventions, dont nous devons analyser la nature juridique exacte après avoir indiqué leurs raisons d'être.

Dans quelle mesure la promesse de vente se distingue-t-elle de l'offre ? A quel moment celle-ci engendre-t-elle une promesse unilatérale ? Quelles sont les caractéristiques de ce contrat ? Peut-on accepter une promesse sans s'engager à acquérir ? Problème de la nature juridique de la promesse synallagmatique de vente.

Quand les deux parties sont convenues de la chose et du prix, la promesse de vente est dite synallagmatique. Est-on en droit de considérer cette promesse comme une vente ? C'est le problème de la nature juridique de la promesse synallagmatique de vente, dominée par l'interprétation de l'article 1589 du Code civil.

Des clauses accessoires : arrhes, dédit, clause pénale, sont très fréquemment stipulées dans les promesses de vente de fonds de commerce. Elles provoquent de nouvelles difficultés. Y a-t-il des cloisons rigides entre elles ? Peut-on, au contraire, les confondre en raison de traits communs ? C'est le problème de la parité ou de la disparité des clauses accessoires.

Est-il possible d'insérer ces clauses dans toutes les promesses de vente de fonds de commerce et, en particulier, dans les promesses unilatérales ? C'est là le problème de la licéité ou de l'illicéité des clauses accessoires dans les promesses de vente de fonds de commerce.

Ces clauses impriment-elles aux conventions dans lesquelles elles sont introduites un caractère conditionnel ? Dans l'affirmative, quelle serait la nature de cette condition ? C'est le problème de l'influence des clauses accessoires sur la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce.

Assez souvent, les contractants, inspirés par la prudence, prévoient dans leur convention la rédaction ultérieure d'un acte définitif ou le

paiement de tout ou partie du prix au jour de la prise de possession. Il nous appartiendra d'examiner les conséquences juridiques d'un tel procédé. Donne-t-il naissance à des engagements de faire sous peine d'indemnité, à des ventes conditionnelles ou pures et simples ?

Après avoir étudié, dans une première partie, ces différents problèmes relatifs à la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce, nous examinerons, dans une seconde partie, les conditions de validité de ces conventions. Conditions de forme d'abord : doit-on rédiger ces contrats par écrit, les établir en autant d'exemplaires qu'il y a de parties intéressées en se conformant à la formalité du « bon pour » prescrite par l'article 1326 du Code civil ? Conditions de fond ensuite : certaines communes à toutes les conventions civiles et commerciales : les conditions de fond de droit commun ; d'autres spécifiques des promesses de vente de fonds de commerce : ces promesses doivent-elles toutes ou quelques-unes d'entre elles seulement énoncer les mentions prévues par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 ?

Les promesses de vente de fonds de commerce, lorsqu'elles sont valables, produisent certains effets que nous préciserons dans la troisième partie. Nous nous demanderons, en premier lieu, si elles sont translatives de la propriété et des risques, ce qui nous permettra d'indiquer ensuite la situation juridique du promettant et du bénéficiaire. Conventions préparatoires, les promesses de vente de fonds de commerce n'atteignent pas toujours le but qui leur est assigné : l'accomplissement de la cession de l'établissement. Des obstacles à leur exécution surgissent parfois, dont certains sont franchissables et d'autres insurmontables. Quand la promesse de vente reste lettre morte, la situation juridique de l'intermédiaire, qui intervient très souvent dans la conclusion et la rédaction du contrat, soulève une épineuse question sujette à controverse : la commission est-elle due dans le cas où la vente ne se réalise pas ? Nous achèverons notre étude en examinant si les promesses de vente de fonds de commerce sont assujetties aux formalités de publicité et d'enregistrement.

La matière est donc riche en problèmes complexes, qui sont également de grande importance pratique, puisque les promesses de vente de fonds de commerce sont très fréquentes. Puissent ces questions être quelque peu élucidées par cet ouvrage, dont le plan sera le suivant :

CHAPITRE PRELIMINAIRE

RAISONS D'ETRE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

PREMIERE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Chap. I. — Promesse unilatérale de vente de fonds de commerce

Chap. II. — Promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce

- Chap. III. — Parité ou disparité des clauses accessoires
Chap. IV. — Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses de vente de fonds de commerce
Chap. V. — Influence du dédit sur la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce
Chap. VI. — Conséquences juridiques de clauses inspirées par la prudence

DEUXIEME PARTIE

CONDITIONS DE VALIDITE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

- Chap. VII. — Conditions de forme
Chap. VIII. — Conditions de validité de droit commun
Chap. IX. — Conditions spéciales de validité : les mentions obligatoires

TROISIEME PARTIE

EFFETS DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

- Chap. X. — Transfert de propriété et risques
Chap. XI. — Situation juridique du promettant
Chap. XII. — Situation juridique du bénéficiaire
Chap. XIII. — Obstacles à la réalisation des promesses de vente de fonds de commerce
Chap. XIV. — Situation juridique de l'intermédiaire
Chap. XV. — Publicité et enregistrement

CONCLUSION GENERALE

LE CONTENTIEUX DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE SES CAUSES ET SES REMEDES

CHAPITRE PRELIMINAIRE

RAISONS D'ÊTRE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Pourquoi les particuliers désireux de vendre et d'acheter des fonds de commerce concluent-ils très souvent une promesse de vente de fonds de commerce ? Cette coutume se justifie par des raisons pratiques, psychologiques et juridiques, qui constituent autant de raisons d'être des promesses de vente de fonds de commerce.

SECTION I

Raisons d'être pratiques

La promesse de vente de fonds de commerce met le plus souvent en scène trois personnages : le promettant, vendeur en puissance, le bénéficiaire, acquéreur éventuel, enfin l'intermédiaire, qui ont tous des raisons pratiques de préférer la promesse de vente à la vente.

Le promettant désireux de vendre son fonds de commerce doit assurer son avenir. Il n'est pas toujours propriétaire d'une maison d'habitation, libre de toute location, dans laquelle il pourra se loger momentanément. Le plus souvent, il doit poursuivre son activité professionnelle, donc rechercher un autre établissement. S'il veut conserver un toit où s'abriter, il n'a pas intérêt à précipiter les événements. Au lieu de vendre, il promet de vendre. S'agit-il d'un négociant qui prend sa retraite ? Le problème est différent, mais n'est pas moins ardu. Notre homme doit découvrir un logement. Il conclut une simple promesse de vente, mais ne vend pas.

Le bénéficiaire, quant à lui, ne pourra acquérir le fonds de commerce que s'il verse comptant tout ou partie du prix. Il doit donc se procurer l'argent nécessaire, soit par la cession d'une maison de commerce, soit par la réalisation d'autres éléments de sa fortune. Il peut éprouver des difficultés à vendre son établissement sur le champ. Ne pouvant se débarrasser de son propre fonds, ni gérer deux maisons en même temps, il ne réalisera pas la promesse d'achat qu'il avait lui-même souscrite. Il préfère parapher une promesse de vente qui lui réserve une voie de retraite plutôt que de signer un acte de cession.

De son côté, l'intermédiaire professionnel qui s'entremet dans les ventes et promesses de vente de fonds de commerce, dispose souvent d'un personnel spécialisé, qui comprend essentiellement des démarcheurs et des rédacteurs contentieux. Le démarcheur visite les commerçants qui, parfois, lui « donnent » leur fonds de commerce à vendre. La première manche est gagnée. La seconde consiste à trouver un amateur

pour cette maison de commerce à céder. Le démarcheur s'y emploie avec zèle, découvre enfin l'individu si désiré et le persuade d'acheter. Incapable de dresser un acte de vente, il est assez compétent pour remplir une formule de promesse que lui procure son patron. C'est le rédacteur contentieux qui rédigera le contrat définitif et accomplira les formalités. Ces employés spécialisés jouent chacun un rôle nécessaire. L'un ne pourrait se substituer à l'autre. Les deux ne pourraient agir ensemble.

SECTION II

Raisons d'être psychologiques

Aux raisons d'être pratiques des promesses de vente de fonds de commerce s'ajoutent des raisons d'être psychologiques. L'appât du gain incite promettant, bénéficiaire et intermédiaire à recourir à la promesse de vente plutôt qu'à la vente, modère l'empressement des deux premiers et pousse le troisième à franchir le plus rapidement possible le cap des pourparlers.

Le promettant, comme tout commerçant, désire accroître sa fortune ou la préserver d'une amputation grave. Une occasion intéressante de prime abord s'offre à lui : il promet de vendre. Mais il ne vend pas, car il ne veut pas quitter la proie pour l'ombre. Il réclame donc un délai de réflexion, qu'il emploiera à rechercher une autre maison de commerce, au moins aussi importante que celle qu'il exploite.

L'appât du gain freine également l'empressement du bénéficiaire. Loin du démarcheur qui lui suggère peut-être une mauvaise affaire, l'acquéreur éventuel a besoin de réfléchir, de solliciter des conseils précieux de personnes avisées. Pour éviter une acquisition malencontreuse, il n'achète pas, mais se contente de prendre acte de la promesse de vente de son cocontractant ou bien promet d'acheter en se réservant une possibilité de repli grâce à la clause de dédit.

L'intermédiaire, qu'excite au contraire l'appât du gain, veut créer un lien de droit pour se créer un titre à la commission. S'il ne propose pas la rédaction d'un acte de cession, c'est que promettant et bénéficiaire y sont opposés, que lui-même serait incapable d'y procéder et que la jurisprudence, généreuse, lui accorde le droit à une rémunération, même si la promesse de vente échoue.

SECTION III

Raisons d'être juridiques

Jusqu'ici, nous avons surtout démontré que les contractants n'avaient pas intérêt à conclure immédiatement un contrat de cession. Nous ne savons pas encore pourquoi ils signent sur le champ une promesse de vente. Il existe trois raisons juridiques : la rédaction d'une

promesse permet d'éviter la rétractation des parties, ainsi que la mise en jeu de la responsabilité de l'intermédiaire, et assure à ce dernier l'octroi d'une commission.

La formation d'un lien de droit prévient la rétractation des parties. Aussi, dès que promettant et bénéficiaire sont tombés d'accord, le démarcheur s'empresse de remplir sa formule de promesse de vente. Un revirement exposerait alors son auteur au versement d'une indemnité. L'intermédiaire est d'autant plus enclin à agir de la sorte que sa négligence sur ce point entraînerait sa responsabilité. La Cour d'appel de Caen (1) condamne, par exemple, un agent d'affaires chargé de la vente d'une parcelle de terre par les motifs suivants : « Attendu que conformément aux usages suivis en pareil cas, il (l'intermédiaire) aurait dû faire signer par l'acheteur une déclaration, constatant qu'il acceptait le prix proposé ; attendu qu'en négligeant de prendre cette précaution, M... a commis une imprudence qui a permis à l'acquéreur de se dédire et qui a causé par suite un préjudice aux époux L..., vendeurs ». Pour ne pas être condamné à des dommages-intérêts, l'intermédiaire ne manque presque jamais de rédiger une promesse de vente dès que les parties sont d'accord. Il s'acquitte de cette obligation professionnelle avec d'autant plus de célérité que la rédaction de cette convention lui confère le droit à la commission.

La jurisprudence dominante reconnaît, en effet, à l'intermédiaire qui dresse la promesse de vente le droit à tout ou partie de la commission, que cette promesse devienne lettre morte ou qu'elle se réalise. Nous discuterons plus loin de la solidité de cette attitude jurisprudentielle. Contentons-nous d'indiquer ici que les tribunaux encouragent les agents d'affaires à établir un acte de promesse de vente.

Comme on peut le constater maintenant, la promesse de vente de fonds de commerce a de solides raisons d'exister. Les nécessités de la pratique, les injonctions de la psychologie commerciale et les impératifs du droit s'unissent pour faire d'elle un contrat très fréquent, dont nous devons analyser la nature juridique, les conditions de validité et les effets.

(1) 18 mars 1914 Rec. Cour de Caen p. 111

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER

PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Comment doit être définie la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce ? Comment se qualifie-t-elle de l'offre ? Comment se forme-t-elle ? Quelle est sa nature juridique ? Nous répondrons à ces questions dans les quatre sections de ce chapitre.

SECTION I

Définition

La promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est une convention par laquelle une personne, appelée promettant, promet de vendre à certaines conditions déterminées, un fonds de commerce cédant à une autre personne dénommée bénéficiaire, qui se réserve la faculté de l'acquiescer pendant un certain délai.

Cette promesse provoque donc la formation d'un lien de droit entre promettant et bénéficiaire. Le premier promet de vendre. Le second prend acte. Les deux volontés se rencontrent et déterminent une convention. C'est la fin des pourparlers et l'acheminement vers la cession du fonds de commerce.

La caractéristique spécifique de ce contrat, qui a pour objet la promesse de vendre un fonds de commerce souscrite par le promettant, consiste, d'autre part, dans la faculté d'acquiescer que se réserve l'amateur intéressé. Celui-ci ne contracte aucun engagement et demeure libre d'acheter ou non dans le délai imparti.

Par ailleurs lorsque les parties désirent déroger aux règles supérieures du droit commun, elles doivent indiquer dans la promesse unilatérale de vente les conditions exorbitantes qu'elles conviennent d'adopter. En cas de difficultés après la levée d'option on consultera cet acte pour déterminer les obligations de chaque contractant.

Les clauses exorbitantes les plus fréquemment stipulées concernent soit le paiement du prix par le futur acquiesceur du fonds de commerce soit le non-rétablissement du cédant. L'acheteur veut se prémunir contre la concurrence de son vendeur. Ce dernier pourrait, en effet, attirer à lui une partie de son ancienne clientèle, s'il avait le droit de gérer une maison de commerce similaire à proximité de son ancien établissement. Pour pallier ce danger, on a coutume d'insérer

dans la promesse unilatérale de vente une clause dite de non-rétablissement, aux termes de laquelle le promettant s'engage, en cas de réalisation de la promesse, à ne pas exercer une activité commerciale identique pendant un certain temps et à une certaine distance du fonds, objet du contrat. Dans la pratique, l'interdiction qui pèse sur le cédant est limitée à la fois dans le temps et dans l'espace. La jurisprudence exige cependant une seule limitation, soit dans le temps, soit dans l'espace. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 mars 1954 (1) admet la licéité d'un acte de cession de fonds de commerce, stipulant pour une durée illimitée l'interdiction pour le vendeur de se rétablir dans un périmètre déterminé.

Enfin, la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est valable dans un certain délai, presque toujours précisé dans la convention. Le bénéficiaire doit prendre une décision avant l'expiration du temps qui lui est imparti. Parfois, le contrat n'indique pas la durée pendant laquelle l'acquéreur éventuel jouira de la faculté d'acheter l'établissement. Dans ce cas, le bénéficiaire peut lever l'option à n'importe quelle époque, à condition toutefois de n'avoir point manifesté auparavant son intention de renoncer à acquérir le fonds de commerce. Le promettant est, également, en droit de sommer son cocontractant de prendre parti avant une certaine date.

SECTION II

Distinction entre l'offre et la promesse unilatérale de vente

L'offre de vente ne doit pas être confondue (2) avec la promesse unilatérale de vente.

I — OFFRE DE VENTE

Pour découvrir un amateur, le commerçant désireux de céder son fonds de commerce fait une offre de vente ou pollicitation, dont nous allons préciser le destinataire, la nature juridique et les effets.

A) — DESTINATAIRE :

L'offre est destinée, soit à une personne anonyme, soit à un individu connu. Le destinataire de l'offre est anonyme, quand le pollicitant procède à des annonces publicitaires dans les journaux ou bien charge un intermédiaire de la vente de son établissement. Le mandat confié à l'agent d'affaires prouve la volonté de vendre et vaut, selon nous, offre de vente à destinataire inconnu. Grâce à la publicité

(1) D. 1954.474

(2) Req. 8 avr. 1930 S. 1930.1.331 ; René Chauveau R.N.B. 1952.97 par. IX ; Fuzier-Hermann Code annoté art. 1589 nos 12 et 13

ou au zèle du professionnel, des amateurs se déclarent intéressés par le fonds de commerce à vendre et entrent en rapport avec l'offrant, qui leur réitère ses propositions. Il s'agit alors d'une pollicitation faite à destinataire dénommé. Avant que le candidat à l'acquisition se décide à passer contrat, existe seule une offre de vente, dont la nature juridique entraîne certains effets.

B) — NATURE JURIDIQUE :

L'offre ne possède pas la nature juridique d'une convention (1), parce qu'à l'intention de vendre ne se juxtapose ni la volonté d'acheter, ni même celle de prendre acte de pollicitation. Selon nous, l'offre de vente n'engendre, d'autre part, aucune obligation à la charge du pollicitant. Oeuvre de sa seule volonté, l'offre peut être détruite par sa seule volonté. Il n'y a pas obligation, parce qu'il n'y a en la matière aucune source possible d'obligation : contrat ou quasi-contrat, délit ou quasi-délit, enfin texte de loi.

On soutient couramment, néanmoins, que le pollicitant est obligé de maintenir son offre, soit pendant le délai fixé par lui-même, soit pendant le temps moral nécessaire pour la réponse du destinataire (2). Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar (3) affirme « qu'il est exact que doctrine et jurisprudence admettent qu'une offre peut être considérée comme obligatoire pour celui qui la formule même avant l'acceptation de celui à qui elle est destinée dès lors qu'il résulte d'un accord exprès ou tacite mais indiscutable, qu'elle a été formulée pour être maintenue pendant un délai déterminé ».

Cette opinion nous démontre qu'il est très opportun de distinguer offre de vente et promesse unilatérale de vente. D'après nous, « l'offre obligatoire pour celui qui la formule » est une hérésie juridique. Offre et obligation sont deux notions inconciliables en droit français, car nous estimons que le concept d'engagement unilatéral est inutilisable dans le cas d'une simple pollicitation. L'offre, nous le répétons, est l'œuvre d'une seule volonté. Tant qu'elle n'est pas acceptée, elle peut être détruite par celui qui l'a émise. La prétendue offre obligatoire en raison d'un accord exprès ou tacite, mais indiscutable, dont fait état l'arrêt précité de la Cour d'appel de Colmar, n'a pas la nature juridique d'une offre, mais celle d'une convention : la promesse unilatérale de vente. Quand un commerçant s'engage à maintenir son offre pendant un certain délai, un lien contractuel se noue, une promesse unilatérale de vente se forme. Au consentement exprès du pollicitant se joint la volonté tacite du destinataire. Ce dernier garde le silence. Peu importe. Il est dans son intérêt exclusif de consentir à ce que l'offrant maintienne son offre

(1) Dautriche p. 37; Defaye p. 55

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 46; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 334; Planiol et Ripert t. VI par Esmelin n° 134

(3) 4 févr. 1936 D.H. 1936.187

pendant le délai imparti. Cela suffit pour présumer qu'il admet la conclusion d'une promesse unilatérale de vente (1). Entendons-nous bien, le destinataire de l'offre ne s'engage pas à acquérir, mais se réserve une simple faculté d'acheter, qu'il pourra exercer pendant le délai prévu par l'offrant (2).

Ainsi donc, l'offre prétendue, que le pollicitant s'engage à maintenir pendant un certain temps, constitue en vérité une promesse unilatérale de vente.

L'offre pure et simple est une manifestation de volonté par laquelle une personne se propose de vendre son fonds de commerce à un prix déterminé. Son maintien pendant une certaine durée n'est pas l'effet d'une obligation, ni d'un engagement unilatéral, mais le résultat de la constance du pollicitant, qui demeure décidé à vendre. L'offre est l'entité de la période pré-contractuelle.

C) — EFFETS :

En raison de sa nature juridique, l'offre de vente peut être rétractée aussi longtemps que le destinataire ne manifeste pas l'intention d'accepter, donc de conclure le contrat. C'est là une conséquence logique du caractère non obligatoire de la pollicitation (3). D'autre part, elle devient caduque par la mort du pollicitant. Elle disparaît avec la personne qui l'a effectuée (4). Cet effet est également une conséquence logique de la nature juridique de l'offre (5).

II — DE L'OFFRE A LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

Quand on connaît la nature juridique de l'offre, on ne peut confondre cette dernière avec la promesse unilatérale de vente. Il existe entre ces deux notions une différence fondamentale : l'offre n'engendre aucun contrat, la promesse unilatérale de vente est une convention. La confusion est cependant courante, parce que la promesse unilatérale de vente résulte de la transformation d'une offre préalable. En théorie, le moment de cette mutation ne suscite aucun doute : la promesse unilatérale de vente est formée, lorsqu'à la volonté du pollicitant s'ajoute l'intention de contracter émanée du destinataire de l'offre. En pratique, des difficultés apparaissent, parce que le consentement du bénéficiaire de la promesse peut être tacite et découler de l'accomplissement d'un fait. Il peut, également, y avoir incertitude sur la nature juridique du

(1) Comp. Req. 29 mars 1938 D.P. 1939.1.5 note Voisin

(2) Delommez thèse Lille 1947 p. 8.

(3) Civ. 3 févr. 1919 D.P. 1923.1.126 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P2 n^o 5

(4) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n^o 45 ; Defaye p. 55 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P2 n^o 6 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n^o 335 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 8 - comp. Planiol et Ripert t. VI par Esmein n^o 140

(5) Req. 21 avr. 1891 D.P. 1892.1.181

contrat conclu. C'est ainsi que les auteurs ne s'entendent pas sur le sens de l'acceptation d'une promesse de vente. Pour les uns, l'acceptation vaut formation d'une promesse unilatérale de vente, selon d'autres, provoque la conclusion d'une promesse synallagmatique.

SECTION III

Formation de la promesse unilatérale de vente

La formation de la promesse unilatérale de vente résulte de l'acceptation expresse ou implicite par le bénéficiaire de la pollicitation du promettant. A notre avis, la promesse de vente acceptée présente le plus souvent la nature juridique d'une promesse unilatérale de vente.

I — DE L'ACCEPTATION

D'après certains auteurs, suivis par quelques décisions judiciaires, l'acceptation de la promesse de vente par le bénéficiaire vaut consentement d'acquérir et provoque ainsi la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente équipollente à la vente. Après avoir démontré le caractère trop exclusif de cette opinion, nous tenterons de prouver que l'acceptation constitue le consentement du bénéficiaire à la formation, soit d'une promesse unilatérale de vente, soit d'une cession ferme.

A) — LEVÉE D'OPTION :

Pour certains juristes, l'acceptation de la promesse de vente vaut vente. « La promesse de vente acceptée », déclare M. Givord (1), « est une vente pure et simple qu'il y a tout intérêt à appeler par son nom pour mieux l'opposer à la promesse unilatérale de vente ». Cette opinion est adoptée par une partie de la jurisprudence (2). En réalité, la simple acceptation d'une promesse de vente ne peut être assimilée dans tous les cas à la levée d'option. La lettre et l'esprit de la convention conduisent à admettre une thèse plus nuancée.

a) — Interprétation de la lettre de la convention :

Littéralement, accepter une promesse de vente, ce n'est pas accepter d'acquérir. Quand les parties stipulent que « M. X... promet de vendre un fonds de commerce à M. Y... qui accepte », M. Y... ne manifeste pas encore son intention d'acheter le fonds. Cette clause signifie simplement que « M. Y... accepte la promesse de vente de M. X... ».

(1) D. 1948.538 sous Grenoble 10 mars 1948 — dans le même sens R.P.D. t. XII n° 256

(2) 12 juill. 1847 D.P. 1847.1.346, Req. 14 mars 1860 D.P. 1860.1.740, Lyon 30 mars 1938 R.F.C. 1939.177, Trib. com. Le Havre 16 mai 1938 Rec. Hav. 1939.1.8. - comp. Civ. 16 juin 1943 D.C. 1944.37, Grenoble 10 mars 1948 D. 1948.538 Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97

Ne pas l'admettre, c'est, selon nous, déformer la lettre de la convention et se rendre coupable d'une dénaturation. L'acceptation porte sur la promesse de vente du pollicitant, mais non sur la vente qui n'est pas encore accomplie. Le bénéficiaire accepte la promesse de vente en tant que promesse. Jusqu'à preuve du contraire, les rédacteurs des promesses de vente sont censés connaître les subtilités de la langue française et traduire fidèlement les intentions des parties contractantes. Il nous paraît donc erroné de soutenir que la promesse de vente acceptée est toujours une vente pure et simple. Une opinion aussi catégorique est condamnable.

b) — Interprétation de l'esprit de la convention :

Finalement, c'est de l'esprit du contrat que résultera la nature de la promesse de vente acceptée. Tantôt, celle-ci sera effectivement une vente pure et simple, tantôt elle sera une promesse unilatérale de vente (1). N'oublions pas, en effet, qu'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (art. 1156 C. civ.). En cas de litige, les juges rechercheront donc la commune intention des parties et décideront, après l'examen des circonstances de la cause, si promettant et bénéficiaire ont voulu conclure une promesse unilatérale ou bien une promesse synallagmatique. En matière contractuelle, la volonté des contractants est souveraine, l'esprit doit l'emporter sur la lettre. Cette règle d'interprétation des conventions semble négligée par les auteurs qui adoptent une position trop tranchante. Dans le cas où l'acceptation ne vaut pas consentement d'acquérir, quelle est donc sa nature juridique ?

B) — CONSENTEMENT A LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE :

L'acceptation constitue la réponse du bénéficiaire à l'offre du pollicitant. L'amateur intéressé par le fonds de commerce pense que l'affaire qu'on lui propose a des chances d'être fructueuse. Cette bonne occasion d'accroître sa fortune, il ne veut pas la perdre : il prend acte de l'offre du promettant et empêche ce dernier de se rétracter. Néanmoins, notre homme n'est pas décidé à acquérir le fonds : il désire réfléchir encore, consulter des amis, solliciter des conseils. Il se contente donc d'accepter la promesse de vente. Il conclut avec le promettant une simple promesse unilatérale (2), qui lui réserve une faculté d'acquérir. Mais sa liberté demeure entière : il achètera ou non, selon son bon plaisir. Si telle est la commune intention des parties contractantes, la promesse de vente acceptée constitue une promesse unilatérale de vente. L'esprit est conforme à la lettre. Il peut cependant en être autrement.

(1) Cohen n° 193 - dans le même sens Aubry et Rau T. V. par. 349 ; René Chauveau R.N.B. 1952.257 ; Delommez p. 8 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P. 2 n° 1 ; Maguet note sous Req. 20 janv. 1941 D.C. 1942.155 ; N.R.D. v° vente n° 41 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 nos 26 et 27 ; Vencent p. 20.

(2) Dans ce sens Cohen n° 193 ; Maguet note sous Req. 20 janv. 1941 D.C. 1942.155 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 27

Cette interprétation double d'une convention unique explique les divergences de la jurisprudence qui reconnaît à la promesse de vente acceptée, tantôt la nature juridique d'une vente, tantôt celle d'une promesse unilatérale. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 juin 1950 (1) ressent la nécessité de « distinguer la promesse unilatérale qui engage le promettant seul, l'acceptation de la promesse qui n'engage pas le bénéficiaire mais lie le promettant définitivement, de la levée d'option entraînant obligation réciproque et qui doit intervenir dans un certain délai ». La Cour a raison de distinguer ainsi l'acceptation de la promesse de la levée d'option. Par contre, elle a tort de faire une différence entre la promesse unilatérale, qui engage le promettant seul, et l'acceptation de la promesse, qui n'engage pas le bénéficiaire, mais lie le promettant définitivement. La terminologie est defectueuse et la nature juridique de ces notions est mal précisée. Il est utile de ne pas confondre la pollicitation qui n'engage pas le promettant, et l'acceptation de la promesse qui n'engage pas le bénéficiaire, mais lie le promettant définitivement. En revanche, il est superflu de différencier la promesse unilatérale et l'acceptation de la promesse, car la première n'est pas concevable sans la seconde. Ces incertitudes de langage nous révèlent que la lumière n'est pas faite dans tous les esprits sur la formation de la promesse unilatérale de vente. En réalité, le problème se trouve compliqué par le fait qu'en plus de l'acceptation expresse il existe une acceptation tacite.

II — ACCEPTATION EXPRESSE

L'acceptation expresse présente l'avantage de faciliter l'interprétation des juges en cas de litige. Elle résulte de l'établissement d'un acte de promesse de vente qui constate à la fois l'offre du pollicitant et l'acceptation du bénéficiaire. Plusieurs formules sont concevables et usitées dans la pratique. Elles sont plus ou moins à conseiller. La plus fréquente est libellée approximativement de la sorte : « M. X... promet de vendre son fonds de commerce de... sis à... rue n°... connu sous l'enseigne de... à M. Y... qui se réserve la faculté de l'acquérir jusqu'à la date du... ». Cette formule est satisfaisante, car ses termes ne prêtent pas à discussion.

Plus contestable est la rédaction de cette autre formule, différemment interprétée par la jurisprudence. « M. X... promet de vendre son fonds de commerce de... sis à... rue... n°... connu sous l'enseigne de... à M... Y... qui accepte ». En principe, et en vertu de la lettre du contrat, cette acceptation s'applique uniquement à la promesse de vente. Elle ne signifie pas que le bénéficiaire manifeste son intention d'acquérir le fonds. Cependant, cette formule est parfois utilisée dans des cas où les parties conviennent de s'engager réciproquement. Les tribunaux appelés à se prononcer décident, par suite, que la promesse de vente est synal-

(1) J.C.P. 1950.2.5.918 - dans le même sens Req. 26 mai 1908 D.P. 1909.1.425, 21 févr. 1910 D.P. 1911.1.389 et 18 mars 1912 D.P. 1913.1.198 ; Trib. civ. Seine 9 févr. 1932 D.H. 1932.213 ; Req. 20 avril 1932 S. 1932.1.231.

lagmatique. Ils font prévaloir la commune intention des parties contractantes et ne s'arrêtent pas au sens littéral des termes. En raison de cette divergence d'interprétation, la formule est à déconseiller.

Il y aura également acceptation expresse lorsque la clause essentielle de la promesse unilatérale de vente sera rédigée en ces termes : « M. X... promet de vendre son fonds de commerce de... sis à... rue... n°... connu sous l'enseigne de... à M. Y..., qui appose sa signature au bas de l'acte ». Signer, c'est prendre acte de la promesse sans s'obliger à acheter le fonds de commerce, objet du contrat. Cette formule est moins critiquable que la seconde, moins satisfaisante que la première.

L'acceptation expresse est le mode habituel de formation de la promesse unilatérale de vente. Parfois, cependant, les parties recourent à l'acceptation tacite, tout aussi valable, mais plus risquée. En effet, si cette dernière ne peut être prouvée, la rétractation de l'offre par le pollicitant devient possible. Le bénéficiaire est alors dépouillé de la faculté d'acquérir qu'il s'était réservée.

III. — ACCEPTATION TACITE

Le bénéficiaire est en droit d'accepter tacitement la promesse unilatérale de vente qui lui est faite. Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1) rendu le 18 mars 1912 se prononce en ce sens : « Une promesse de vente acceptée expressément ou tacitement, sans engagement réciproque d'acheter, devient, par une telle acceptation, obligatoire pour le promettant ».

Le silence vaut, en effet, consentement (2), quand l'offre est faite dans l'intérêt exclusif du destinataire. Il en est ainsi en notre matière. Le bénéficiaire n'est, avant la levée d'option, débiteur d'aucune obligation et est en droit de devenir propriétaire du fonds de commerce. On peut donc admettre qu'il consent, même quand il ne dit mot. L'acceptation de la promesse de vente est si avantageuse qu'on doit la présumer.

Parmi les faits qui prouvent le consentement du bénéficiaire à la promesse unilatérale de vente, les plus intéressants sont la remise de l'acte de promesse de vente au destinataire de l'offre et le versement d'un dédit par le bénéficiaire. La remise de l'acte dans les mains du destinataire de l'offre vaut acceptation tacite et entraîne la conclusion de la promesse unilatérale de vente (3). Si le bénéficiaire n'était pas intéressé par les propositions du pollicitant, il refuserait de prendre l'original du contrat qui fixe les conditions d'une vente éventuelle. En acceptant la remise de l'acte, il se réserve la faculté d'acquérir le fonds de commerce de l'offrant. Un arrêt de la Cour d'appel de

(1) D.P. 1913.1.198

(2) Req. 29 mars 1938 D.P. 1939.1.5 note Volsin

(3) Dans le même sens, Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 note 26

Nancy (1), en date du 13 novembre 1952, déclare « qu'il est admis que si l'offre a été faite par sous seing privé, l'acceptation tacite du bénéficiaire s'induit du fait que le sous seing privé lui a été remis ». D'autre part, il est fréquemment stipulé dans les promesses de vente de fonds de commerce une clause dite « de dédit », en vertu de laquelle la partie défaillante sera condamnée à verser une certaine somme à son cocontractant, à titre d'indemnité forfaitaire et irréductible. Lorsque les contractants recourent aux bons offices d'un intermédiaire, le dédit est déposé entre les mains de ce dernier. Le seul versement du dédit vaut, selon nous, acceptation tacite de la promesse unilatérale de vente (2). Si le bénéficiaire n'avait pas l'intention de prendre acte de la promesse du pollicitant, il ne verserait pas la somme entre les mains de l'agent d'affaires.

IV — MOMENT DE LA FORMATION DE LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

Quand la promesse unilatérale de vente est conclue entre parties présentes ou par le truchement du téléphone, le moment de la formation du contrat ne suscite aucune difficulté. Le lien contractuel est noué dès que le destinataire prend acte de la promesse de l'offrant. Mais dans le cas où la promesse est conclue entre absents, est-elle formée dès l'instant où le bénéficiaire prend acte de l'offre du pollicitant : système de l'émission ? Faut-il, au contraire, décider, avec les tenants du système de la réception, qu'elle est conclue au moment où l'offrant prend connaissance de la décision du bénéficiaire ? Le problème est important. Dans le système de la réception, le pollicitant peut rétracter son offre aussi longtemps qu'il ne connaît pas la réponse du destinataire. Dans le système de l'émission, il perd le droit à rétractation dès que le bénéficiaire exprime son consentement à la promesse. La Cour de cassation estime qu'il y a là une question de fait qui doit être tranchée souverainement par les juges du fond (3). Dans un arrêt rendu par la Chambre civile (4), on lit « qu'en l'état de ces appréciations et constatations, les juges du fait, interprétant souverainement la volonté des parties aux actes sus-indiqués, ont pu décider qu'à la date du 20 janvier 1926 les consorts B... étaient en droit de rétracter l'offre par eux faite les 24 et 26 septembre 1925, dont l'acceptation n'a jamais été portée à leur connaissance ».

SECTION IV

Nature juridique

Après avoir démontré que la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est parfaitement valable et ne heurte aucun principe

(1) Act jur. loy. 1953 20 janv. par. 44 - en sens contraire, Req. 12 juill. 1847 D.P. 1847.1.346 - comp. Req. 29 avr. 1903 D.P. 1904.1.135

(2) Dans le même sens Vencent, p. 20

(3) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 48; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 360; Planiol et Ripert t. VI par Esmein n° 158

(4) Civ. 2 févr. 1932 S 1932.1.68

de droit, nous rechercherons la nature juridique de cette convention et tenterons de préciser à quelle catégorie de contrats elle appartient.

I — VALIDITE

On a douté au siècle dernier de la validité de la promesse unilatérale de vente, en raison de son caractère unilatéral et par suite de l'article 1174 du Code civil disposant que « toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige ». Ces deux objections ne sont pas fondées.

La promesse unilatérale de vente n'est pas valable, a-t-on soutenu au dix-neuvième siècle, parce qu'elle n'engendre aucun engagement à la charge du bénéficiaire. L'article 1589 du Code civil, qui régit le droit des promesses de vente, fait état « du consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Ce texte exige donc que la promesse de vente soit synallagmatique et oblige les deux contractants. Puisque, dans la promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire ne contracte aucune obligation, il faut donc en conclure, disait-on, que ce contrat est nul comme contraire aux prescriptions de l'article 1589 du Code civil (1).

Cette objection fondée sur le caractère unilatéral ne résiste pas à l'examen. Sans doute, l'article 1589 fait-il mention « du consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Admettons que ce texte ne s'applique qu'aux promesses synallagmatiques de vente. Il n'en résulte pas que la promesse unilatérale soit nulle. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, en vertu de l'article 1134 du Code civil qui pose le principe de la liberté des conventions. Si la promesse unilatérale réunit toutes les conditions de validité exposées par l'article 1108 du même Code, elle doit être proclamée valable au même titre qu'une vente ou une promesse synallagmatique de vente. Enfin, si le contrat unilatéral était frappé de nullité, l'article 1103 du Code civil n'en donnerait pas la définition. La Cour de cassation n'a heureusement pas tardé à se ranger à cette manière de voir (2).

L'objection fondée sur la nullité de la condition purement potestative n'est pas plus admissible que la précédente. Il est évident, en effet, que la promesse unilatérale de vente n'est pas nulle parce que conclue sous la condition potestative du consentement du bénéficiaire. Les dispositions de l'article 1174 du Code civil sont inapplicables pour deux raisons. Est nulle, d'après ce texte, l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Or, dans la promesse unilatérale de vente, le promettant s'oblige seul. La condition dont l'avènement dépendrait de l'unique volonté de l'acquéreur

(1) Civ. 21 déc. 1846 D.P. 1847.1.19

(2) Req. 14 mars 1860 D.P. 1860.1.163, 20 janv. 1862 D.P. 1862.1.364, 22 janv. 1868 D.P. 1868.1.170

éventuel serait donc une condition purement potestative de la part de celui envers qui on s'oblige et serait, par suite, licite. En second lieu, le consentement du bénéficiaire est une condition de validité de la promesse synallagmatique future, mais non une condition-modalité de la promesse unilatérale actuelle. Les tribunaux (1) ne se sont jamais égarés en cette matière.

Doctrines (2) et jurisprudence (3) contemporaines sont unanimes pour reconnaître la validité de la promesse unilatérale de vente, dont il est possible de rechercher maintenant la nature juridique, une fois résolue la question préalable de sa licéité.

II — NATURE JURIDIQUE

Trois systèmes ont été avancés : ceux de la vente conditionnelle, de la vente ferme, enfin du contrat préparatoire.

Les premiers commentateurs du Code civil ont considéré la promesse unilatérale de vente comme une vente conditionnelle. Le consentement du bénéficiaire leur est apparu comme une condition affectant l'exécution de la vente. Il est inutile d'insister sur la fragilité de cette opinion. Puisque le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente ne s'engage pas à acquérir, il ne peut y avoir vente, même conditionnelle. D'autre part, le consentement du bénéficiaire est une condition de validité de la vente, mais non un événement futur et incertain suspendant l'exécution du contrat. Aussi personne, de nos jours, ne soutient-il que la promesse unilatérale de vente constitue une vente conditionnelle (4).

Il n'est pas davantage possible d'affirmer que la promesse unilatérale de vente possède la nature juridique d'une vente ferme, en vertu de l'article 1589 du Code civil. Sans doute, la promesse de vente vaut-elle vente, mais uniquement lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix. Dans la promesse unilatérale de vente, le promettant s'oblige, mais le bénéficiaire ne s'engage pas. Il est inadmissible, par suite, d'attribuer à cette convention la nature juridique d'une vente ferme (5).

En vérité, la promesse unilatérale de vente constitue un contrat préparatoire qui tend à la conclusion de la vente et dont le but est de fixer les conditions auxquelles se réalisera la cession, le cas échéant.

(1) Req. 22 janv. 1868 D.P. 1868.1.170 ; Toulouse 21 mai 1885 D.P. 1886.2.187 ; 25 nov. 1896 D.P. 1897.1.35

(2) Aubry et Rau t. V § 349 note 9 ; René Chauveau R.N.B. 1952.257 ; Colin. Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 832 ; Defaye p. 43 ; J.C.N. 2^e part. formul. v. f. de c. fasc. P2 n° 2 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 2312 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 176 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 3, R.P.D. t. XII n° 240 p. 658 ; Vencent p. 19

(3) Paris 22 juin 1950 J.C.P. 1950.2.5918 ; Nancy 13 nov. 1952 Act. jur. loy. 1953, 20 janv. par. 44

(4) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 382 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 176

(5) Voir cependant Grenoble 20 mai 1903 D.P. 1904.2.84.

René Demogue (1) définit ainsi l'avant-contrat à assimiler au contrat préparatoire : « Il y a avant-contrat, lorsque des personnes ont déjà réalisé un premier accord, mais qu'un élément essentiel pour qu'il y ait contrat définitif fait encore défaut ». Cette définition s'adapte parfaitement au cas de la promesse unilatérale de vente, dont le bénéficiaire consent à prendre acte de l'engagement du promettant, mais non à acquérir le bien, objet de la convention.

Ce système du contrat préparatoire explique que la promesse unilatérale de vente, proche parente de la vente, soit soumise aux mêmes conditions de validité que cette dernière, mais produise des effets différents.

III — CATEGORIE

Les contrats peuvent être à titre onéreux, à titre gratuit, unilatéraux, synallagmatiques, synallagmatiques imparfaits. A quelle catégorie appartient la promesse unilatérale de vente ? La question a été discutée par certains auteurs de thèses. Pour sacrifier à une sorte de tradition, nous tenterons à notre tour de résoudre la difficulté. Deux idées maîtresses nous guideront à cette fin : l'idée du nombre de liens et l'idée de contrepartie.

A) — IDEE DU NOMBRE DE LIENS :

Cette idée du nombre de liens constitue le critère essentiel pour différencier les contrats unilatéraux des conventions synallagmatiques. Les premiers comprennent un seul lien obligatoire. Les secondes, comme leur nom l'indique, en possèdent deux. Quand on se souvient que la promesse unilatérale de vente se caractérise par l'existence d'un seul rapport obligatoire, il n'y a pas de doute possible : la convention est effectivement un contrat unilatéral en vertu duquel « une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement » (art. 1103 C. civ.). Cette évidence est cependant contestée par M. Dautriche (2). Pour cet auteur, « la promesse de vente n'est unilatérale que tant qu'elle reste à l'état de promesse ; dès que le bénéficiaire manifeste son intention ferme d'acheter, transformant ainsi la promesse unilatérale en promesse synallagmatique, une obligation naît à sa charge : celle de payer le prix, de telle sorte que le contrat paraît successivement unilatéral, puis synallagmatique selon l'époque à laquelle on l'envisage : c'est ce qu'on appelle un contrat synallagmatique imparfait ». Nous ne pouvons partager cette opinion. La promesse unilatérale de vente n'est pas un contrat synallagmatique imparfait, mais demeure toujours, quelle que soit l'époque à laquelle on l'analyse, un contrat unilatéral. Il est illogique de faire état de l'obligation du bénéficiaire postérieure à la levée d'option. A ce moment, en effet, la promesse unilatérale de

(1) Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant 1939 p. 159 · voir également Beudant t. XI n° 34 ; Jossierand n° 1.069

(2) P. 54.

vente est éteinte. Il n'existe plus qu'une promesse synallagmatique de vente équivalant à la vente. L'idée du nombre de liens nous autorise donc à classer la promesse unilatérale de vente sans dédit parmi les contrats unilatéraux. Ce résultat n'est pas étonnant bien qu'il soit contesté.

Il nous apparaît, par contre, impossible de soutenir la même opinion dans le cas où le bénéficiaire achète la promesse unilatérale de vente par le versement d'un prétendu « dédit ». La convention doit alors être classée parmi les contrats synallagmatiques, car elle engendre un double lien de droit et fait de chaque contractant à la fois un créancier et un débiteur.

B) — IDEE DE CONTREPARTIE .

L'idée de contrepartie se rattache à l'idée du nombre de liens. S'il n'existe qu'un seul lien contractuel dans un contrat, c'est donc que le créancier ne contracte aucun engagement en échange de celui souscrit par son débiteur, qu'il ne fournit, par suite, aucune contrepartie. Grâce à cette idée, on classe les contrats en deux catégories : contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit. Appliquons ce principe de classement à la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce.

A vrai dire, cette convention, quand elle ne stipule aucune indemnité à la charge du bénéficiaire, ne se range commodément dans aucune de ces deux catégories. Elle n'est pas un contrat à titre onéreux d'un type pur, puisque l'acquéreur éventuel ne fournit aucune contrepartie actuelle. Et cependant, on ne peut la considérer comme un contrat à titre gratuit, car l'auteur de la promesse agit d'une façon intéressée. Il désire se ménager le délai nécessaire pour découvrir un autre établissement ou un logement ; il a surtout l'espérance de parvenir à la réalisation de la cession et ainsi d'encaisser un prix important. Cet espoir d'une contrepartie nous autorise finalement à classer la promesse unilatérale dite sans « dédit » (mot très impropre ainsi que nous le verrons) parmi les contrats à titre onéreux, dont elle se rapproche le plus (1).

On se doute, par contre, que la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce avec « dédit » à la charge du bénéficiaire rentre aisément dans la catégorie des contrats à titre onéreux. Quand je vous réserve la faculté d'acquérir mon fonds de commerce moyennant le versement d'une somme de 500.000 francs, j'obéis à la règle du jeu commercial, qui m'incite à accroître ma fortune, je conclus avec vous un contrat à titre onéreux.

(1) Dans le même sens, Dautriche, p. 54

CHAPITRE II

PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce est plus fréquente que la promesse unilatérale. Elle suscite de nombreux procès, comme en témoigne la consultation des recueils de jurisprudence. Après l'avoir définie, nous rechercherons la signification de l'article 1589, l'un des textes les plus obscurs du Code civil, dont dépend la nature juridique de la promesse bilatérale.

SECTION I

Définition

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce est une convention par laquelle une personne, appelée promettant, promet de vendre, dans des conditions déterminées, un fonds de commerce désigné à une autre personne, dénommée bénéficiaire, qui promet de l'acquérir.

Cette convention engendre donc un double rapport obligatoire. Promettant et bénéficiaire sont à la fois créanciers et débiteurs. A la promesse de vendre s'ajoute l'engagement d'acheter. Ce double lien contractuel caractérise la promesse synallagmatique de vente et la distingue de la promesse unilatérale, dont le bénéficiaire dispose d'une simple faculté d'acquérir. D'autre part, la promesse bilatérale de vente de fonds de commerce, comme toute convention, est soumise aux conditions de validité énumérées à l'article 1108 du Code civil. Elle doit, en particulier, posséder un objet déterminé, décrire le fonds de commerce, indiquer le prix de vente et préciser toutes les clauses exorbitantes du droit commun, telles que les clauses de paiement du prix ou de non-rétablissement. A défaut de stipulation de semblables clauses, les règles supplétives prévues par le Code civil seraient applicables. La promesse constitue, en effet, la charte qui détermine en cas de litige les droits et les obligations de chaque partie. Enfin, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce fixe la date de prise de possession par le bénéficiaire, date à laquelle seront dressés les actes définitifs de vente. Peut-on retarder jusqu'à ce jour le moment de la conclusion de la vente ? C'est poser le problème de la nature juridique de la promesse bilatérale, dont la solution découle de l'interprétation de l'article 1589 du Code civil.

SECTION II

Interprétation de l'article 1589 du Code civil

Le premier alinéa de l'article 1589 du Code civil, le seul qui nous intéresse, est ainsi libellé : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Ce texte, clair en apparence, est en réalité imprécis. Il suscite une controverse qui n'est pas encore éteinte, comme le prouve un récent article de M. Boyer (1). Nous n'avons pas l'ambition de faire sur ce point œuvre de novateur. Nous nous efforcerons seulement d'exposer, avec le plus de logique possible, ce problème complexe d'interprétation.

Deux opinions ont été avancées en la matière. D'après la doctrine dominante (2), l'article 1589, premier alinéa, pose le principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente, mais ne peut être appliqué aux promesses unilatérales, dont les deux parties n'émettent pas un consentement réciproque sur la chose et sur le prix. Quelques auteurs (3) soutiennent une thèse dissidente et, s'appuyant sur les précédents historiques, les ouvrages des jurisconsultes de l'Ancien Droit et la jurisprudence des Parlements, estiment que l'article 1589 du Code civil tranche uniquement la question de l'exécution forcée des promesses de vente, unilatérales ou synallagmatiques. Ces auteurs rappellent qu'avant la promulgation du Code civil les particuliers avaient coutume de se lier par une promesse de vente préalable à l'établissement d'un acte authentique. Lorsque l'une des parties s'opposait par la suite à la rédaction du contrat de vente, des difficultés surgissaient qui n'étaient point écartées de la même manière par tous les anciens jurisconsultes. Certains pensaient que le refus de réaliser la promesse de vente devait être sanctionné par une simple condamnation à des dommages-intérêts. D'autres, au contraire, se montraient favorables à l'intervention de la justice et soutenaient que les tribunaux pouvaient suppléer au consentement du contractant récalcitrant. C'est à cette interprétation de l'article 1589 que se rallie M. Boyer (4) dans son article précité : « Promesse de vente vaut vente. Le sens de cette maxime est, dès lors, aisé à déceler. Celle-ci exprime seulement la certitude qu'ont les parties de pouvoir réaliser la vente qu'elles ont promis de conclure. Tout comme la vente, la promesse — unilatérale ou synallagmatique — est susceptible d'exécution forcée, mais elle n'est pas une vente.

Ce n'est donc qu'à raison de leur force obligatoire que promesse de vente et vente se trouvaient assimilées ». Il nous semble, quant à

(1) Les promesses synallagmatiques de vente : contribution à la théorie des avant-contrats Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 834 ; Defaye p. 43 ; Delommez p. 144 ; Foissin p. 33 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P1 n° 1 ; Jossierand n° 1069 ; Ravoire p. 27 ; R.P.D. t. XII v° vente n° 297 ; Vencent p. 21 - rapp. N.E.D. 1948 v° vente n° 41 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 2414 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 174.

(3) Beudant t. XI n° 32 ; Boyer Rev. trim. p. 1 et suiv.

(4) Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

nous, que cette maxime « promesse de vente vaut vente » peut être suffisamment éclaircie par l'analyse exégétique et la consultation des travaux préparatoires du Code civil. Nous étudierons ensuite l'interprétation fournie par la jurisprudence.

I — INTERPRÉTATION LITTÉRALE DU TEXTE

« La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Nous pensons que cette phrase corrobore la thèse de l'assimilation et non celle de l'exécution forcée, et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, il est un mot qui frappe l'esprit du lecteur. La promesse de vente *vaut* vente. Le législateur n'aurait pas fait usage de ce terme s'il avait voulu trancher seulement le problème de l'exécution forcée des promesses de vente. Par cette formule, les auteurs du Code civil ont entendu proclamer que la promesse synallagmatique de vente et la vente n'étaient pas des conventions distinctes, marquer aussi le moment où la promesse unilatérale se transforme en vente. On discute sur la nature juridique de la promesse réglementée par ce texte. Cette discussion relève, à notre avis, de la logomachie. Il est évident que la promesse unilatérale de vente se transforme en promesse synallagmatique à partir du moment où le bénéficiaire consent à acquérir. Dès lors, l'article 1589 devient applicable. Donc, la maxime « promesse de vente vaut vente » conforte la thèse de l'assimilation. Cette conclusion est obligatoire, si l'on ne veut pas prêter aux rédacteurs du Code civil une connaissance imparfaite de la langue française.

Cette opinion est renforcée par un second argument de texte. L'article 1589 fait état du « *consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Ce membre de phrase est à rapprocher, selon nous, du libellé de l'article 1583 du Code civil relatif à la vente : « Elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, *dès qu'on est convenu de la chose et du prix*, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Cette similitude d'expression renforce la thèse de l'assimilation. D'après nous, la formule de l'article 1589 ne signifie pas simplement que la promesse de vente doit avoir un objet déterminé. Ce sont, en effet, les articles 1126 à 1130 qui réglementent cette matière.

Ainsi donc, l'analyse exégétique de l'article 1589 du Code civil nous autorise à affirmer que ce texte assimile la promesse synallagmatique de vente à la vente et qu'il n'a pas pour but de résoudre une difficulté inhérente à l'exécution forcée de cette convention.

II — EXAMEN DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL

L'examen des travaux préparatoires du Code civil corrobore l'interprétation littérale du texte. Sans doute, les jurisconsultes de l'Ancien Droit et la jurisprudence des Parlements inspirent-ils très souvent les rédacteurs de notre Code. Il nous semble néanmoins que, si les auteurs du Code avaient voulu opter entre le système d'une allocation

de dommages-intérêts et celui de l'intervention de la justice en cas de défaillance de l'une des parties à la promesse de vente, ils l'auraient proclamé au cours des travaux préparatoires. A cet égard, les observations du tribunal de Lyon, les déclarations de Portalis, des Tribuns Faure et Grenier, enfin de Maleville sont riches d'enseignements. Les membres du tribunal de Lyon (1), priés de faire connaître leur opinion sur les différentes règles que comprenait le projet du Code civil, ont été amenés à se prononcer sur l'opportunité des prescriptions des articles 1589 et 1590. Ils observent que « c'est une maxime constante dans le droit français consacrée par la jurisprudence, que la promesse de vente n'est point une vente et n'oblige qu'à des dommages-intérêts », estiment que « ce principe et cette jurisprudence sont fondés en raison et en équité » et concluent que « la vente et la promesse de vente sont deux contrats différents ». En conséquence, ils proposent les dispositions suivantes : « La promesse de vente ne vaut pas vente, chacun des contractants est maître de s'en départir ». Les magistrats invoquent contre l'assimilation de la promesse de vente à la vente des arguments qui ne sont pas décisifs. Ils font état, en effet, du cas où le promettant n'est pas encore en possession de la chose promise et de l'hypothèse où les parties ne sont pas parfaitement d'accord. Ces reproches ne concernent, en vérité, ni les promesses de vente, ni le principe de l'assimilation. Les observations du tribunal de Lyon sont intéressantes, néanmoins, car elles nous paraissent inconciliables avec l'opinion de M. Boyer et nous révèlent peut-être qu'il y avait controverse, avant 1804, non pas seulement sur le problème de l'exécution forcée, mais aussi sur celui de l'assimilation. De toute façon, l'opinion du tribunal de Lyon n'a pas été suivie. La signification de l'article 1589 va nous apparaître davantage grâce aux déclarations suivantes, œuvre des auteurs du Code.

Lors de la présentation au Corps législatif, Portalis (2) expose en ces termes les motifs de l'article 1589 : « La promesse de vendre vaut vente, lorsqu'il y aura consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. On trouve effectivement, en pareil cas, *tout ce qui est de la substance du contrat de vente* ». L'opinion de Portalis est précieuse, car on sait la contribution importante de cet éminent juriconsulte à la rédaction du Code. Sa déclaration est nette : la promesse de vente est assimilée à la vente. Ce n'est donc pas le problème de l'exécution forcée qui a préoccupé les rédacteurs du Code.

Le Tribun Faure partage l'opinion de Portalis. « Si le contrat », dit-il lors de la communication officielle au Tribunal « au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies : la chose, le prix et le consentement » (3). Qu'est-ce à dire, si ce n'est que la promesse de vente doit être assimilée à la vente ?

La déclaration du Tribun Grenier (4) est plus explicite encore. « Il

(1) Fenet t. XIV p. 181

(2) Fenet t. XIV p. 115.

(3) Fenet t. XIV p. 153.

(4) Fenet t. XIV p. 189

est », affirme-t-il, « un autre acte qui renferme la vente et qui en a tous les effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la promesse de vendre. L'usage en est aussi ancien que celui de la vente et il n'y avait aucun inconvénient à le conserver. Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de faveur que la vente à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que la vente. Cela résulte suffisamment de l'article 1589 ». La notion d'assimilation est exprimée sans équivoque.

De tels témoignages, émanant des rédacteurs du Code civil, sont, selon nous, irrécusables et devraient mettre un terme à toute controverse sur le sens de l'article 1589. L'examen des travaux préparatoires corrobore donc l'analyse exégétique du texte. La conclusion nous paraît évidente : la promesse synallagmatique de vente est équivalente à la vente. La promesse unilatérale de vente constitue, par contre, une convention distincte. N'oublions pas, cependant, que la levée d'option a pour effet de transformer la promesse unilatérale en promesse bilatérale. On peut, par suite, sans altérer la portée du texte, déclarer que la promesse synallagmatique de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

Ce faisceau de preuves concordantes ne convainc pas tous les auteurs. M. Boyer, en particulier, croit pouvoir opposer aux déclarations de Portalis, des Tribuns Faure et Grenier, l'opinion d'un autre juriste qui a participé à l'élaboration du Code civil : Maleville. Ce dernier s'exprime en ces termes à propos de l'article 1589 : « Cet article termine une discussion entre les auteurs, les uns tenant que la promesse de vente vaut vente et oblige à passer contrat, les autres qu'elle se résout en dommages-intérêts ». Selon nous, il n'y a pas vraiment contradiction entre cette opinion et celles que nous avons relatées plus haut. En posant le principe de l'assimilation, l'article 1589 termine forcément la discussion relative à l'exécution forcée des promesses de vente. Nous maintenons donc notre avis : la promesse synallagmatique de vente est équivalente à la vente.

III — INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE

La jurisprudence se prononce nettement en faveur de la thèse de l'assimilation, la seule que l'on puisse soutenir en raison de la lettre du texte et des travaux préparatoires du Code civil. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1) juge « qu'aux termes de l'article 1589 du Code civil, la promesse de vente vaut vente, mais seulement au moment où est intervenu le consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix ; qu'il suit de là que la vente n'est parfaite et que la propriété n'est transférée du vendeur à l'acquéreur que lorsque celui-ci a manifesté l'intention de devenir propriétaire de la chose dont la vente lui a été promise ; que tant qu'il n'y a que promesse de vente

(1) Req. 14 mars 1860 S. 1860.1.740 et D.P. 1860.1.163 - dans le même sens Paris 7 nov. 1931 D.H. 1932.45

de la part du vendeur, lui seul se trouve lié envers celui à qui il a fait la promesse, et cette obligation unilatérale ne devient synallagmatique et n'a l'effet d'une aliénation qu'au moment où l'autre partie manifeste sa volonté d'accepter la promesse de vente ; qu'ainsi la transmission ne s'opère réellement que lors de la réunion du consentement des deux parties ». L'article 1589 du Code civil est sainement interprété par cet arrêt.

La loi du 16 novembre 1940, qui subordonnait la validité des mutations immobilières à l'autorisation préfectorale, a suscité une épineuse question de droit : une promesse de vente conclue avant l'obtention de l'autorisation administrative était-elle valable ? Il ne semble pas. Sur un sujet voisin, la Cour de cassation (1) a jugé, le 16 juin 1943, « que les promesses de vente convenues entre les parties ne valaient pas vente, les dites ventes ne pouvant légalement intervenir qu'avec l'autorisation exigée par le décret beylical du 24 janvier 1914 pour l'aliénation des lots de colonisation ». Ce décret prévoyait, également, la délivrance d'une autorisation nécessaire pour la validité des ventes immobilières. La formule employée par la Cour suprême est, au premier abord, surprenante. Elle n'est pas, cependant, la conséquence d'un revirement de la jurisprudence, mais plutôt la confirmation implicite de l'opinion antérieurement proclamée par les cours et tribunaux. Puisque la promesse de vente vaut vente, elle doit être soumise aux mêmes conditions de validité et ne peut donc intervenir elle-même qu'après l'obtention de l'autorisation requise. Malgré les apparences, l'arrêt de la Cour de cassation déduit une conséquence logique du principe de l'assimilation.

La jurisprudence la plus récente soutient la même opinion. Citons, par exemple, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon (2) le 25 mars 1952 : « Attendu qu'il importe tout d'abord de retenir que l'acte du 22 août 1949 constitue une promesse synallagmatique de vente valant vente, conformément à la règle posée par l'article 1589 du Code civil ».

La jurisprudence renforce par conséquent de son autorité la thèse de l'assimilation de la promesse bilatérale à la vente. Cette idée maîtresse de la similitude des deux conventions nous guidera dans l'étude de la nature juridique de la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce.

SECTION III

Nature juridique de la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce est donc équipollente à la vente, d'après l'article 1589 du Code civil. Ce texte n'est pas d'ordre public et semble donc autoriser la stipulation de

(1) D.C. 1944.37

(2) D. 1952.607

clauses exorbitantes. Une dérogation conventionnelle n'est, cependant, concevable qu'à deux conditions : elle doit présenter un intérêt pour les parties, elle ne doit pas, d'autre part, se heurter à une règle de logique. La nature juridique de la promesse bilatérale dépend du point de savoir si cette dérogation est possible ou non. Si les contractants peuvent valablement introduire dans leur convention une exception à la maxime formulée par l'article 1589, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce pourra constituer un contrat distinct de la vente : dans le cas contraire, en vertu du principe de l'assimilation, la promesse bilatérale aura la nature juridique d'une vente.

M. Boyer (1), qui proclame l'autonomie de la promesse synallagmatique de vente, confère à cette dernière la nature juridique d'un engagement de faire. Après avoir réfuté cette conception, nous essaierons de démontrer que la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce, conformément à l'article 1589, a la nature d'une vente, mais n'en a pas toujours les effets en raison de la volonté des parties.

I — NATURE JURIDIQUE D'UN ENGAGEMENT DE FAIRE

A) — EXPOSE :

Cette thèse est défendue avec maîtrise par M. Boyer (2). Cet auteur estime que la promesse synallagmatique de vente présente la nature juridique d'un engagement de faire. A l'appui de son opinion, il apporte la preuve de l'utilité et de la rationalité d'une promesse synallagmatique de vente distincte de la vente.

a) — Utilité de l'engagement de faire :

D'après M. Boyer, la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente distincte de la vente et valant simple engagement de faire est utile à trois points de vue : fiscal, juridique et pratique.

Les parties ont intérêt à différer la formation de la vente pour ne pas avoir à payer sur le champ les droits de mutation. Un engagement de faire assurera la réalisation de la cession projetée et dispensera les contractants du versement immédiat des droits d'enregistrement.

En second lieu, le recours à l'engagement de faire présente, selon M. Boyer, une utilité juridique incontestable dans le cas où les parties sont tenues, avant la conclusion de la vente, de solliciter une autorisation ou d'accomplir certaines formalités dans de brefs délais et courent ainsi le risque d'une forclusion.

A propos de l'obtention d'une autorisation, on peut citer en notre matière les exemples suivants. La vente d'un fonds de commerce

(1) Rev. trim. 1949 p. 1. et suiv.

(2) Rev. trim. p. 1 et suiv. - comp. Cohen n° 196 ; Fréjaville sous Civ. 16 juin 1943 D.C. 1944.37 ; Montier sous Req. 25 juin 1934 R.F.C. 1938.37

comprenant débit de tabac n'est possible qu'après l'agrément du nouveau titulaire par l'administration (1). Promettant et bénéficiaire, ne pouvant, au préalable, s'engager par un acte de vente ou de promesse bilatérale, concluront un engagement de faire. La perfection de la cession dépend, parfois, de l'accord d'une tierce personne (2). Pourquoi, dans ce cas encore, ne pas signer un engagement de faire ? Quand les baux subordonnent la validité de la cession du droit au bail à l'autorisation expresse du propriétaire (3), le vendeur de la maison de commerce proposera utilement la signature d'un tel engagement à l'amateur intéressé et les parties collaboreront à la rédaction des actes de vente définitifs, quand la permission nécessaire sera accordée.

L'utilité juridique de l'engagement de faire apparaît également lorsque les contractants projettent une opération à crédit. Usent-ils d'une promesse synallagmatique équipollente à la vente ? Le privilège du vendeur doit être inscrit dans les quinze jours. Il existe un risque de forclusion, qui disparaît avec le procédé de l'engagement de faire. De même, on soutient couramment qu'une promesse bilatérale est assujettie à l'enregistrement dans le mois de sa date. La violation de cette règle expose le contrevenant au paiement d'une pénalité. L'engagement de faire, contrat distinct de la vente, ne réalise aucune mutation et n'a pas à être enregistré dans ledit délai (4). Promettants et bénéficiaires éliminent de la sorte la menace d'une sanction fiscale.

La rédaction d'un acte valant engagement de faire pour les parties peut être, enfin, utile au point de vue pratique dans le cas où certains renseignements, indispensables pour l'établissement d'une promesse synallagmatique, font encore défaut. En vertu de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, le vendeur de fonds de commerce est tenu d'indiquer dans l'acte de cession le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices commerciaux réalisés au cours des trois dernières années d'exploitation. Les documents nécessaires pour l'accomplissement de cette obligation ne sont pas en la possession du vendeur mais, de son comptable. Les contractants peuvent songer à la conclusion d'un engagement de faire et soutenir que ce contrat, ne valant pas vente, n'est pas soumis à l'article 12 précité (5).

Il semble, au premier abord, que ce faisceau de preuves soit probant et de nature à établir une conviction. M. Boyer y ajoute le poids de la raison.

b) — Rationalité de l'engagement de faire :

D'après M. Boyer (6), les parties ne désirent pas, en effet, retarder l'exécution de la vente. Elles en subordonnent la formation, soit à un fait

(1) Lyon, 16 déc. 1941 G.J.C.L. 1942.61

(2) Req. 20 oct. 1908 D.P. 1912.1.61

(3) Trib. com. Lyon 17 févr. 1942 G.J.C.L. 1942.78

(4) L'engagement de faire devrait cependant être enregistré, si l'acte était établi par les soins d'un intermédiaire professionnel. Voir p. 248.

(5) Voir p. 152 et 153.

(6) Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

extérieur à leur volonté : l'obtention d'une autorisation indispensable, soit à un fait qui exige une détermination de leur part : la collaboration à la rédaction d'un acte définitif de vente. L'auteur s'emploie à réfuter l'objection fondée sur la nullité de l'obligation de contracter. « En réalité, lorsqu'elles passent une promesse synallagmatique de vente, les parties donnent d'ores et déjà leur consentement à un contrat qui n'existera que plus tard ». Sans doute, tous les éléments essentiels de la vente se retrouvent dans l'engagement de faire. Le principe du consensualisme autorise néanmoins les parties, soutient M. Boyer, à allonger la liste prévue par l'article 1108 du Code civil et à inventer de nouvelles conditions de validité : délivrance d'une autorisation, rédaction d'un acte définitif. Cet échelonnement dans le temps de la formation du contrat est parfaitement concevable. La pratique contemporaine révèle d'autres entorses au principe de l'instantanéité en vertu duquel la convention naît à la vie juridique dès que tous ses éléments sont rassemblés. Ces entorses sont le plus souvent le fait de l'intervention de l'Etat dans les relations contractuelles. Elles peuvent être l'œuvre des contractants eux-mêmes.

La jurisprudence a parfois attribué à la promesse synallagmatique de vente la nature juridique d'un engagement de faire. Le 21 octobre 1936, à propos d'un engagement de vendre et d'acheter à réitérer par acte authentique sous peine de dédit, la Cour d'appel de Poitiers (1) juge que « les parties n'ont pas considéré la vente comme parfaite ; que, par leurs conventions, elles ont eu pour but d'assurer, par le paiement d'une indemnité, le respect de leur engagement réciproque en vue du contrat à réaliser ».

Que faut-il penser de cette promesse synallagmatique de vente considérée comme engagement de faire ? Constitue-t-elle vraiment une convention distincte de la vente ? Est-elle vraiment utile et rationnelle ?

B) — CRITIQUE :

Selon nous, la promesse synallagmatique de vente considérée comme engagement de faire n'est, ni utile, ni rationnelle.

Il est incontestable que les parties peuvent avoir intérêt à retarder la réalisation de la vente du fonds de commerce. Mais le but est atteint par la simple stipulation d'une condition suspensive, qui fait obstacle à la perception du droit proportionnel de mutation. Il est, par conséquent, loisible aux contractants de subordonner l'exécution de la vente à la réunion de capitaux, à la rédaction d'un acte définitif. Ainsi donc, la vente conditionnelle offre les mêmes avantages que l'engagement de faire.

La théorie de l'engagement de faire, pour séduisante qu'elle soit, est, également, contestable sur le plan de la rationalité. Elle se heurte,

(1) D.P. 1938.2.32 note Montier — dans le même sens Trib. com. Seine 22 déc 1949 D. 1950.308 note Ripert — comp. Trib. com. Rouen 17 mai 1939 R.F.C 1939.439 et Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97 note Ripert.

en effet, à un dilemne : ou bien les parties consentent à la vente, dans ce cas, celle-ci est conclue, ou bien elles réservent leur consentement, dans ce cas, il y a obligation de contracter, nulle en tant que telle. Pour parer à l'objection, M. Boyer invoque la validité de la « promesse synallagmatique de prêt contrat réel et d'hypothèque contrat solennel ». Cette parade nous semble manquer son but. Les promesses de prêt (1) ou d'hypothèque constituent, en réalité, des conventions unilatérales : quand un individu s'engage à prêter une somme d'argent ou à constituer une hypothèque sur son immeuble, lui seul est obligé. Ces accords n'engendrent, d'autre part, aucune obligation de contracter. Promettant et bénéficiaire consentent dès la promesse de prêt ou d'hypothèque et, seul, le défaut d'un élément essentiel à la perfection de la convention fait obstacle à la conclusion du contrat définitif : le versement de la somme d'argent, la rédaction d'un acte notarié. M. Boyer croit déceler, de même, une obligation de contracter dans la promesse unilatérale de vente. Cette opinion est, à notre avis, erronée : le promettant donne son consentement lors de la promesse de vente et n'a pas à le renouveler au moment de la levée d'option. Au contraire, la promesse bilatérale considérée comme engagement de faire donne naissance, d'après nous, à une obligation de contracter et, à ce titre, elle encourt la nullité, parce qu'elle viole la règle fondamentale de la liberté du consentement.

N'est-il pas, d'autre part, quelque peu artificiel de retarder la formation d'une vente à laquelle les parties ont déjà consenti ? Puisque toutes les conditions de validité sont réunies, la vente est conclue et les contractants sont impuissants à en différer la perfection. Ils peuvent, tout au plus, en subordonner l'exécution à l'avènement d'une condition suspensive. Même dans ce cas la vente est formée : elle revêt alors un caractère conditionnel. Sans doute, la pratique contemporaine nous offre-t-elle de nombreux exemples d'un échelonnement dans le temps de la formation du contrat. Il convient de remarquer, cependant, que cet échelonnement n'est pas l'œuvre des particuliers, mais résulte, le plus souvent, de l'intervention de l'Etat dans les rapports contractuels. Le principe du consensualisme ne saurait justifier un procédé contraire à la logique juridique et à la liberté du consentement. Par suite, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce ne peut avoir la nature juridique d'un engagement de faire.

La jurisprudence dominante réfute cette théorie de l'engagement de faire. Le tribunal de commerce de Reims (2) le 17 décembre 1935 et le tribunal civil de Clermont-Ferrand (3) le 3 mars 1947 usent, à cette fin, de la même formule : « C'est en vain que le promettant soutient pour la validité de l'acte, que c'est un simple compromis de vente (sic) n'ayant pas encore le caractère d'acte parfait ».

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 26

(2) S. 1936.2.90 deuxième espèce

(3) G.P. 1947.1.251 - comp. Lyon 26 juill. 1950 D 1951.97 note Ripert

II — NATURE JURIDIQUE D'UNE VENTE

En vérité, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce possède la nature juridique d'une vente. Deux arguments peuvent être avancés au soutien de cette opinion : un argument juridique et un argument logique.

L'argument juridique trouve sa source dans la règle posée par l'article 1589 du Code civil : « La promesse de vente vaut vente ». Nous avons montré, dans la section précédente, que cette formule proclamait le principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente. Donc, en l'absence d'une clause exorbitante, dont on examinera plus loin la possibilité, l'article 1589 attribue à la promesse bilatérale la nature juridique d'une vente. La théorie de l'engagement de faire se brise sur ce texte formel.

D'autre part, un argument logique conforte l'argument de droit. C'est avec pertinence que l'article 1589 assimile la promesse synallagmatique à la vente. Ces deux conventions contiennent, en effet, les mêmes éléments fondamentaux, constatent l'une comme l'autre le même consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. N'est-il pas logique, par conséquent, de leur conférer la même nature juridique, de les assimiler l'une à l'autre ? Doctrine (1) et jurisprudence (2) dominantes soutiennent que la promesse bilatérale est équivalente à la vente.

Pour mieux préciser la nature juridique de la promesse synallagmatique de vente, il est indispensable d'en étudier les effets. On évite ainsi des confusions possibles et on éclaire des problèmes apparemment obscurs.

III — PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE ET EFFETS DE LA VENTE

La promesse synallagmatique de vente vaut vente. De cette maxime de l'article 1589 du Code civil, il résulte que la promesse bilatérale produit les effets de la vente. Cette règle souffre, néanmoins, exception lorsque les effets ordinaires de la vente sont dissociés par la volonté des parties ou bien accrus d'un effet conventionnel.

La promesse synallagmatique peut fort bien ne pas entraîner immédiatement tous les effets de la vente. Ceux-ci sont dissociés quand les signataires stipulent une clause dite de réserve de propriété. La vente est conclue, mais le transfert de propriété est retardé jusqu'à une

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 834 ; Defaye p. 33 ; Delommez p. 144 ; Foissin p. 33 ; J.C.N. 2^e part. form. v° f. de c. fasc. P1 n° 1 ; Jossierand n° 1069 ; Ravoir p. 27 ; R.P.D. t. XII v° vente n° 297 ; Vencent p. 21 - rapp. N.R.D. 1948 v° vente n° 41 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 2414 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 174

(2) Civ. 14 mars 1860 S. 1860.1.740 ; Paris 7 nov. 1931 D.H. 1932.45 ; Trib. com. Marseille 18 déc. 1935 S. Marseille 1936.2.263 ; Paris 28 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5625 ; Besançon 25 mars 1952 D. 1952.607 ; Civ. 4 déc. 1957 G.P. 11 2.1958

date déterminée. Ce procédé est licite (1), car la concomitance de la conclusion de la vente et du transfert de propriété, proclamée par l'article 1583 du Code civil, n'est pas d'ordre public, mais traduit l'intention commune des parties. Il s'agit là d'une règle supplétive à laquelle peuvent déroger les contractants. La convention n'en possède pas moins, dans ce cas, la nature juridique d'une vente.

D'autre part, aux effets ordinaires de la vente, il est loisible aux promettants et bénéficiaires d'adjoindre un effet supplémentaire qui puise sa force dans la promesse synallagmatique. Il en est ainsi, en particulier, quand les contractants décident de dresser ultérieurement des actes définitifs de cession, soit sous seing privé, soit en la forme authentique. La clause de rédaction d'actes stipulée en pareille occurrence dans la promesse bilatérale engendre une obligation de faire : celle de passer l'acte de vente. La convention n'en demeure pas moins équipollente à la vente.

(1) Req. 26 juin 1935 D.H. 1935.414 — dans le même sens Req. 22 juill. 1872 D.P. 1873.1.111 ; Besançon 25 mars 1952 D. 1952.607 ; Paris 5 janv. 1956 D. (S) 1957 p. 27 — comp. Civ. 28 mars 1934 D.P. 1934.1.151 note Vandamme.

CHAPITRE III

PARITÉ OU DISPARITÉ

DES CLAUSES ACCESSOIRES

Dans les promesses de vente de fonds de commerce, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques, les contractants stipulent très fréquemment une clause accessoire en vertu de laquelle la partie défaillante abandonnera à son cocontractant une certaine somme d'argent. Ces clauses accessoires sont de trois sortes : clause d'arrhes, clause de dédit et clause pénale. Elles suscitent plusieurs problèmes. Le plus important consiste dans l'influence qu'elles exercent sur la nature juridique des conventions dans lesquelles elles sont insérées. Pour résoudre ce problème primordial, il faut trancher la question préjudicielle de la parité ou de la disparité de ces clauses accessoires et, à cette fin, procéder à une étude analytique, puis synthétique.

SECTION I

Etude analytique des clauses accessoires

I — LA CLAUSE D'ARRHES

A) — DEFINITION :

C'est une clause en vertu de laquelle une partie remet à son cocontractant une chose mobilière, à l'occasion de la conclusion d'un contrat, d'une promesse de vente de fonds de commerce par exemple, soit à titre de preuve, soit à titre d'acompte sur le prix, soit à titre de dédit.

La clause d'arrhes stipulée dans une promesse de vente de fonds de commerce (1) peut être libellée de la façon suivante : « M. X... (bénéficiaire) remet à M. Y... (promettant) qui le reconnaît et en délivre quittance, une somme de 500.000 francs à titre d'arrhes. Si M. X... ne réalise pas la promesse de vente, cette somme sera acquise de droit par M. Y... et vaudra pour lui indemnité forfaitaire et irréductible du préjudice subi. Si M. Y... n'exécute pas ses engagements, il devra restituer à M. X... le double des arrhes reçues, soit 1.000.000 de francs. En cas de réalisation de la promesse de vente, les arrhes versées par M. X... s'imputeront sur le prix de vente du fonds de commerce ».

B) — CARACTERE ESSENTIEL : LA REMISE DES ARRHES :

Le caractère essentiel de la clause consiste dans la remise des arrhes. Quand, pourquoi, au profit de qui ces dernières sont-elles remises ?

(1) Nous examinerons dans le chapitre suivant si les clauses accessoires peuvent être stipulées dans toutes les promesses de vente de fonds de commerce à la charge de toutes les parties.

Les arrhes doivent être versées lors de la conclusion de la promesse de vente de fonds de commerce (1). C'est là un caractère spécifique de la clause, dont le fondement est controversé. Impressionnés par ce caractère obligatoire du versement des arrhes, certains auteurs (2) en ont déduit, en effet, que celles-ci faisaient partie de la catégorie des contrats réels. Ces contrats sont dénommés de la sorte, parce qu'ils se forment par la remise d'une chose. Les arrhes ne nous semblent pas appartenir à cette catégorie pour deux motifs majeurs. Tout d'abord, le concept de contrat réel est en lui-même critiquable. La remise d'une chose n'est pas nécessaire pour la formation de la convention, mais indispensable pour son exécution. Les prétendus contrats réels obéissent au principe général : ils sont conclus par l'échange des consentements (3). Il est, d'autre part, un argument plus topique pour démontrer que les arrhes ne sont pas un contrat réel : c'est qu'elles ne constituent pas une convention. Promettant et bénéficiaire ne concluent pas, en effet, deux contrats : un contrat principal de promesse de vente de fonds de commerce et un contrat accessoire d'arrhes. Un seul accord contractuel existe entre eux : la promesse de vente de fonds de commerce. Pour mieux assurer l'exécution de celle-ci, ils insèrent une clause accessoire qui contraint l'une des parties à remettre à son cocontractant une certaine somme d'argent (4).

Les arrhes doivent être versées par l'un des contractants à l'autre partie. Dans la promesse de vente de fonds de commerce, c'est généralement le bénéficiaire de la promesse, dont on redoute l'insolvabilité, qui les remettra au promettant. La somme souvent consignée entre les mains de l'agent d'affaires par l'une des parties à la promesse n'est donc pas versée à titre d'arrhes, car elle est remise à un tiers.

C) — FONCTIONS DE LA CLAUSE D'ARRHES :

La clause d'arrhes peut remplir trois fonctions (5) : fonction de preuve, fonction d'acompte sur le prix, enfin fonction de dédit.

Pour prouver la formation du contrat, l'une des parties remet à l'autre des arrhes. Dans ce cas, celles-ci représentent une somme très modique et jouent le rôle d'un symbole. Cette fonction est inusitée en matière de promesse de vente de fonds de commerce. Les contractants qui désirent se constituer une preuve de leur accord rédigent un acte écrit.

Les arrhes versées à l'occasion d'une promesse de vente de fonds de commerce remplissent, parfois, la fonction d'acompte sur le prix et valent

(1) Redouin p. 107

(2) J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P1 n^o 91 ; Mahoudeau p. 208

(3) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n^o 30 — comp. Planiol, Ripert et Boulanger t. II n^o 68 ; Planiol et Ripert t. VI par Esmein n^o 120

(4) Dans le même sens Redouin p. 124

(5) Aubry et Rau t. V par. 349 texte et note 37 ; Carbonnier Rev. trim. 1946 p. 318 ; René Chauveau R.N.B. 1952.257 et suiv. ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n^o 838 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P.I. n^o 79 ; Marty Rev. trim. 1938 p. 810 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n^o 2434 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n^o 209 ; Redouin p. 24 à 33 ; R.P.D. t. XII n^o 303

commencement d'exécution du contrat. La somme remise est importante et non plus symbolique. Les parties ont le plus grand intérêt à préciser dans l'acte qu'elles attribuent une telle fonction aux arrhes. A défaut, ces dernières pourraient être interprétées comme moyen de dédit. Dans un arrêt rendu le 9 mai 1946, la Cour d'appel de Lyon (1) admet « que les sommes versées par l'acquéreur pour garantir l'exécution (d'une promesse de vente de fonds de commerce) sont des acomptes sur le prix et non pas des arrhes, même si cette dernière expression a été improprement employée ». Cette opinion est confirmée par la Chambre civile de la Cour de cassation (2) saisie d'un pourvoi dans cette affaire. « Attendu », juge la Cour suprême, « que l'arrêt relève notamment l'importance de la somme versée à titre d'arrhes et la stipulation exprime que ces arrhes sont versées pour garantir l'exécution des engagements du vendeur, que la Cour d'appel a pu déduire de ces constatations... que la somme de 50.000 francs avait été versée à titre d'acompte sur le prix de vente ». Pour éviter toute fausse interprétation, promettants et bénéficiaires doivent s'expliquer clairement sur la portée de la clause d'arrhes qu'ils stipulent dans les promesses de vente de fonds de commerce.

Les arrhes peuvent être, enfin, un moyen de dédit (art. 1590 C. civ.). Dans cette hypothèse fréquente, les arrhes autorisent la résolution de la promesse de vente de fonds de commerce et indemnisent le contractant victime du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat. Elles « ne constituent que la détermination par avance des dommages-intérêts qui seront dus au cas où l'une des parties userait de la faculté de se dédire, qui lui est réservée par le contrat » (3). En l'absence de toute indication permettant de préciser la portée de la clause, les juges du fond sont en droit de considérer les arrhes comme moyen de dédit (4). La clause d'arrhes dans sa fonction de revirement, en vertu de laquelle chaque contractant est maître de se départir de la promesse, est proche parente de la clause de dédit.

II — LA CLAUSE DE DEDIT

A) — DEFINITION DE LA CLAUSE DE DEDIT :

C'est une clause en vertu de laquelle une personne promet de verser une certaine somme d'argent à son cocontractant pour le cas où elle se rétracterait.

(1) J.C.P. éd. not. 1947.2.3699 notre Rech. — dans le même sens Paris 31 oct. 1931 D.H. 1931.562 ; Req. 23 nov. 1932 J.C.P. éd. not. 1943.2.2175 note Boe - comp. Trib. com. Seine 25 juin 1920 G.P. 1920.2.405 ; Trib. com. Saint-Etienne 30 août 1920 G.P. 1920.2.407 ; Trib. com. Marseille 18 déc. 1935 G.J.C.I. 1936.2.263.

(2) Civ. 13 déc. 1949 J.C.P. 1951.2.5993 - comp. Trib. com. Lyon 19 mai 1950 D. 1950.611 ; Civ. 16 juill. 1956 D. 1956.609.

(3) Lyon 10 mai 1938 R.F.C. 1938.437.

(4) Req. 26 déc. 1927 D.P. 1928.1.166 - dans le même sens Com. sup. cassation 10 févr. 1938 R.F.C. 1939.163 et Lyon 9 mai 1946 J.C.P. éd. not. 1947.2.3699 note Rech. ; Civ. 30 janv. 1956 Bull. Cass. 1956.1.38.

La clause de dédit (1) est très souvent insérée dans les promesses de vente de fonds de commerce. Elle est ainsi libellée approximativement : « Dans le cas où M. X... (bénéficiaire de la promesse) ne se rendrait pas acquéreur du fonds de commerce, ci-dessus décrit, il devrait verser à M. Y... (promettant) la somme de... à titre de dédit forfaitaire et irréductible. Si M. Y... se refusait à honorer ses engagements, il devrait payer à M. X... la somme de... à titre de dédit forfaitaire et irréductible ». Quand la promesse de vente est rédigée par un intermédiaire professionnel, ce dernier reçoit le montant du dédit en consignation. Il est alors stipulé dans l'acte « que le dédit, versé entre les mains de M. Z... (intermédiaire) s'imputera sur le prix de vente du fonds de commerce, en cas de réalisation de la promesse ».

B) — CARACTERES ESSENTIELS DE LA CLAUSE DE DEDIT :

Les caractères essentiels de la clause de dédit apparaissent à l'examen de l'époque, du fondement et du bénéficiaire du versement du dédit.

La somme promise en cas de revirement n'est pas versée au moment de la conclusion du contrat, mais remise lors de la rétractation. On ne décèle aucune concomitance entre la formation de la promesse de vente de fonds de commerce et l'acquiescement de la somme, qu'on dénomme également dédit. C'est ce qui différencie le dédit des arrhes.

En second lieu, le dédit n'est pas payé en exécution d'un contrat distinct de la promesse de vente de fonds de commerce (2), mais en raison d'une clause accessoire introduite dans la convention. La nullité du contrat entraîne, par suite, celle de la clause de dédit. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris (3), en annulant une promesse de vente, décide que l'intermédiaire dépositaire des fonds devra restituer au bénéficiaire la somme de 200.000 francs par lui versée à titre de dédit éventuel.

Enfin, le bénéficiaire du versement du dédit est le contractant qui subit un préjudice en raison de la rétractation de l'autre partie. La somme remise entre les mains de l'intermédiaire ne possède pas la nature juridique d'un dédit, mais celle d'un simple dépôt de numéraire. L'agent d'affaires n'agit point en qualité de mandataire du créancier éventuel du dédit. Il en résulte que ce dernier est en droit de réclamer au contractant défaillant l'intégralité de la somme promise à titre de dédit, dans le cas où le dépositaire aurait dissipé les fonds (4).

(1) René Chauveau R.N.B. 1952.257 par. V ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P. I. n^o 91.

(2) Comp. J.C.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. P. I. n^o 91.

(3) Paris 28 oct. 1953 D. 1954.81 - dans le même sens Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97 note Ripert.

(4) Colmar, 5 mars 1931 R.J.A.L. 1932.230.

C) — FONCTIONS DE LA CLAUSE DE DÉDIT :

Les fonctions de la clause de dédit sont analogues à celles de la clause d'arrhes jouant le rôle de dédit. L'exercice de la faculté de revirement par l'une des parties provoque la disparition de la promesse de vente de fonds de commerce. Cette rétractation entraîne pour son auteur le versement du dédit, c'est-à-dire d'une somme déterminée dans la convention. Le dédit constitue une évaluation forfaitaire du préjudice causé par l'anéantissement du rapport obligatoire. Nous avons remarqué une analogie entre clause de dédit et clause d'arrhes. Nous découvrons une similitude entre clause de dédit et clause pénale : le montant du dédit, fixé dans la promesse de vente de fonds de commerce, est intangible. En général, la jurisprudence fait application au dédit de l'article 1152 du Code civil, relatif à la clause pénale : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». La Cour d'appel de Rouen (1) estime, le 30 décembre 1931, « que M... critique à juste titre la décision des premiers juges qui, au lieu de réduire le dédit, auraient dû se borner, en application de l'article 1152 du Code civil, à faire exécuter une convention faisant la loi des parties, qui avait précisément pour but d'éviter toute discussion sur les dommages-intérêts et d'écarter absolument tout examen de fait ». Pourtant, les juges du fond ne résistent pas toujours à la tentation de réduire le dédit stipulé par le promettant et le bénéficiaire (2). Dans son discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal de commerce de Rouen, le 9 janvier 1951, M. le Juge Gabriel Roullier affirme « qu'il arrive fréquemment qu'au cours de ses délibérés, le tribunal hésite à accorder un dédit exorbitant, hors de proportion avec le préjudice souffert ». En équité, cette pensée est très noble, elle est hélas condamnable en droit, car elle se heurte à la disposition formelle de l'article 1152 du Code civil. Les Cours d'appel l'indiquent avec intransigeance aux juridictions inférieures.

La clause de dédit joue donc un rôle complexe : elle permet à chacun des contractants de se départir de la promesse de vente de fonds de commerce et évalue d'une façon forfaitaire et irréductible le montant de l'indemnité que doit verser l'auteur de la rétractation à son cocontractant.

III — LA CLAUSE PÉNALE

A) — DEFINITION DE LA CLAUSE PÉNALE :

C'est une clause aux termes de laquelle la partie qui n'exécute pas ses engagements doit remettre une certaine somme d'argent à son

(1) Rec. arr. C. de Rouen et Caen 1932.57 - dans le même sens Montpellier 6 nov. 1926 S. 1937.2.176 ; Civ. 3 févr. 1937 D.H. (S) 1938.11 ; Lyon 30 mars 1938 R.F.C. 1939.177 et 13 avr. 1942 G.J.C.L. 1942.171.

(2) Trib. com. Rouen 3 juin 1938 R.F.C. 1938.360.

cocontractant, à titre de réparation forfaitaire et irréductible du préjudice causé par l'inexécution.

La clause pénale est parfois introduite dans les promesses de vente de fonds de commerce. Elle est rédigée approximativement de la façon suivante : « Dans le cas où, à l'expiration du délai ci-dessus indiqué pour la réalisation de la promesse de vente, M. X... (promettant) se refuserait à livrer à l'acquéreur le fonds de commerce dont il s'agit, il devrait à celui-ci, en vertu de cette clause pénale, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer ni mise en demeure ni autre formalité, une indemnité conventionnelle, forfaitaire et irréductible de... ; par contre, si, à l'expiration du même délai, M. X... (bénéficiaire) ne se rendait pas acquéreur du fonds de commerce ci-dessus décrit aux conditions stipulées dans le présent acte, il serait obligé de verser au vendeur, en vertu de cette clause pénale, sans qu'il soit nécessaire d'accomplir ni mise en demeure ni autre formalité, une indemnité conventionnelle, forfaitaire et irréductible de... qui sera consignée entre les mains de M. Z... (intermédiaire) au plus tard le... Dans l'hypothèse d'une réalisation de la promesse de vente, la dite somme, ainsi consignée, s'imputerait jusqu'à due concurrence sur le prix de vente du fonds de commerce ».

B) — CARACTÈRES ESSENTIELS DE LA CLAUSE PÉNALE :

La clause pénale dispense celui qui s'en prévaut de la preuve d'un préjudice, constitue un forfait irréductible de dommages-intérêts, enfin possède un caractère accessoire.

La clause pénale est applicable en cas de faute de l'un des contractants, dans notre exemple en cas de non-réalisation de la promesse de vente de fonds de commerce provoquée par le mauvais vouloir de l'une des parties. La victime de l'inexécution n'a pas à administrer la preuve de son préjudice, contrairement aux principes normaux de la responsabilité. Promettant et bénéficiaire présumant, en effet, que la caducité de la promesse de vente, engendrée par la défaillance fautive de l'un d'eux, causera un préjudice, dont ils prévoient le mode de réparation (1).

La somme d'argent déterminée dans la convention et destinée à réparer le dommage subi ne peut être réduite par les juges (art. 1152 C. civ.). La jurisprudence est unanime sur ce point. « L'indemnité fixée à forfait par une clause pénale est, en principe, invariable, arbitraire, exclusive du recours à une expertise » (2).

La clause pénale constitue, enfin, une clause accessoire du contrat dans lequel elle est stipulée. Il en résulte plusieurs conséquences. La première est signalée par l'article 1227 du Code civil : « La nullité

(1) Douai 25 févr. 1954 D. 1954.579.

(2) Req. 26 juin 1933 D.H. 1933.433 - dans le même sens Nîmes 7 juin 1905 D.P. 1905.2.447 ; Nancy 19 mars 1912 D.P. 1916.2.197 ; Civ. 27 mai 1918 D.P. 1922.1.34 ; 8 mai 1933 D.H. 1933.315 ; 23 mai 1940 D.H. 1940.161 ; Douai 25 févr. 1954 D. 1954.579.

de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ». Quand la promesse de vente est annulée, la clause pénale ne peut donc recevoir application (1).

Le caractère accessoire de la clause explique, d'autre part, que le débiteur ne puisse choisir entre l'exécution de la promesse de vente et le paiement de l'indemnité conventionnelle. Le débiteur doit, en première ligne et principalement, honorer ses engagements contractuels. Ce n'est qu'à titre accessoire qu'il versera pour sa libération la somme prévue par la clause. Il ne dispose d'aucune faculté de choix. Enfin, le créancier ne renonce pas à poursuivre l'exécution forcée du contrat (2). Néanmoins, cette renonciation est licite (3), car l'article 1228 du Code civil qui précise la situation juridique du créancier d'obligation avec clause pénale n'est pas d'ordre public. La Chambre civile de la Cour de cassation (4) proclame la licéité d'une telle renonciation : « Attendu que l'existence d'une clause pénale n'emporte pas, en droit, la renonciation à poursuivre l'exécution non plus que la résolution d'une convention dans les cas où la loi l'autorise, et que la renonciation à un droit ne se présume pas, mais doit être expresse ». En matière de promesse de vente de fonds de commerce, les contractants renoncent souvent à poursuivre l'exécution forcée du contrat. Il semble même que la nature préparatoire de la convention autorise à présumer cette intention (5).

C) — FONCTIONS DE LA CLAUSE PENALE :

La clause pénale remplit une double fonction : elle menace et répare. En prévoyant le versement d'une certaine somme d'argent en cas d'inexécution, la clause conduit à l'exécution (art. 1226 C. civ.). Elle édicte une sorte de peine qui menace les contractants et les incite à honorer leurs engagements. Cette fonction est prédominante ; elle justifie la dénomination de la clause. L'une des parties à la promesse de vente peut, cependant, faillir à ses obligations et préférer le versement de l'indemnité à la réalisation de la promesse. La fonction de réparation est alors mise en lumière. Ayant pour but d'assurer l'exécution du contrat, la clause prévoit, néanmoins, le cas d'inexécution et détermine à l'avance la somme d'argent que devra payer le contractant à l'autre partie victime de la rétractation. Ces deux fonctions que nous distinguons pour les besoins de l'analyse sont, en réalité, confondues.

Lorsque la clause pénale est accompagnée d'une renonciation à la poursuite de l'exécution forcée, elle se rapproche de la clause de dédit et de la clause d'arrhes : nouveau trait commun, qui justifie une étude synthétique des clauses accessoires.

(1) Dijon 27 mai 1892 D.P. 1893.2.183 - comp. Paris 1^{er} déc. 1938 R.F.C. 1939.58.

(2) Req. 21 juill. 1885 D.P. 1886.1.326.

(3) Civ. 2 déc. 1856 D.P. 1856.1.443.

(4) Civ. 2 déc. 1856 D.P. 1856.1.443.

(5) Cohen n° 198.

SECTION II

Etude synthétique des clauses accessoires

L'étude analytique des clauses accessoires nous a offert l'occasion de mettre en évidence certains traits communs entre la clause d'arrhes, la clause de dédit et la clause pénale stipulées dans les promesses de vente de fonds de commerce. Ces ressemblances sont-elles assez fortes pour nous autoriser à affirmer qu'il y a parité entre ces clauses ? Certains jugements et arrêts attribuent indifféremment à une même clause accessoire la nature juridique d'une clause d'arrhes, d'une clause de dédit ou d'une clause pénale et emploient tour à tour ces diverses expressions. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1) illustre cette confusion commise par la jurisprudence. On y lit, en effet, ceci : « Ces *arrhes* ne témoignent pas de l'accord sur la conclusion du contrat, mais bien de sa fragilité, et ne constituaient qu'une réserve de *dédit* avec *clause pénale* sanctionnée par l'article 1590 du Code civil, indépendamment de toute justification de préjudice ». Cette synonymie est-elle fondée ou inadmissible ? L'étude synthétique des clauses accessoires nous aidera à découvrir s'il existe une parité ou une disparité entre la clause d'arrhes, la clause de dédit et la clause pénale. La doctrine dominante soutient la thèse de la disparité, qui nous paraît critiquable en matière de promesse de vente de fonds de commerce. Selon nous, en effet, la clause d'arrhes et la clause de dédit sont de nature semblable, mais ne peuvent, par contre, être assimilées à la clause pénale.

I — PARITE ENTRE LA CLAUSE D'ARRHES ET LA CLAUSE DE DEDIT

La parité entre la clause d'arrhes, qui fonctionne très couramment comme moyen de revirement dans les promesses de vente de fonds de commerce, et la clause de dédit se manifeste aussi bien quand on prend en considération l'époque du versement de la somme d'argent que lorsqu'on examine le nombre de bénéficiaires de la faculté de dédit. L'époque du versement de la somme d'argent diffère sans doute, mais n'altère nullement la parité profonde qui existe entre la clause d'arrhes et la clause de dédit. Peu importe que la première prévoit la remise des arrhes au moment de la conclusion de la promesse et la seconde le paiement du dédit lors de la rétractation. Il s'agit là d'une différence dans les modalités d'exécution, mais non dans la nature des deux clauses. L'essentiel demeure : la clause d'arrhes et la clause de dédit permettent aux contractants de se départir de la promesse.

Le nombre de bénéficiaires de la faculté de dédit peut également varier : la clause d'arrhes réserve à chaque partie la faculté de se raviser, la clause de dédit peut prévoir le jus poenitendi au profit d'un seul des contractants : le promettant ou le bénéficiaire. Là encore, il s'agit d'une différence de détail, mais non d'une dissemblance de

(1) Paris 14 juin 1938 R.F.C. 1939.98 - dans le même sens Rouen 30 déc. 1931 rec. arr. C. Rouen et Caen 1932.57 ; Montpellier 6 nov. 1936 S. 1937.2.176 ; Lyon 13 avr. 1942 G.J.C.L. 1942.171 et 26 juill. 1950 D. 1951.97.

nature. Différence de détail qu'on n'observe pas couramment dans la pratique, car les clauses de dédit introduites dans les promesses de vente de fonds de commerce attribuent très souvent aux deux parties le droit de se rétracter.

En réalité, la clause d'arrhes et la clause de dédit jouent un double rôle identique. L'une et l'autre permettent l'inexécution de la promesse de vente grâce à la faculté de dédit qu'elles contiennent toutes deux et affacent le préjudice causé par cette inexécution, grâce au versement par la partie qui se ravise d'une somme d'argent plus ou moins considérable fixée à un montant forfaitaire et irréductible.

II — DISPARITE ENTRE LA CLAUSE PENALE, LES ARRHES ET LE DEDIT

La disparité entre la clause pénale, les arrhes et le dédit est révélée par le but des clauses accessoires, le droit à l'exécution forcée, que ces clauses préservent ou suppriment, et la cause du versement de la somme d'argent.

La clause d'arrhes et la clause de dédit autorisent la disparition de la promesse de vente de fonds de commerce grâce à la faculté de revirement qu'elles réservent à l'une ou aux deux parties. Elles permettent aux contractants de se départir d'une promesse qui leur semble malencontreuse. La clause pénale a, au contraire, pour but l'exécution du contrat. Si elle prévoit, pour le cas d'inexécution, le versement d'une forte somme d'argent, c'est afin de contraindre promettant et bénéficiaire à honorer leurs engagements. Donc, la clause d'arrhes et la clause de dédit tolèrent l'inexécution, la clause pénale force à l'exécution. Premier signe de disparité entre les clauses accessoires : elles ne poursuivent pas le même but.

En second lieu, la clause d'arrhes et la clause de dédit suppriment le droit à l'exécution forcée. La clause pénale le préserve. Si le promettant refuse d'honorer la promesse de vente de fonds de commerce avec clause d'arrhes ou clause de dédit, le bénéficiaire ne peut l'y contraindre. Oeuvre de la volonté d'une partie, l'anéantissement du rapport contractuel ne peut être contrarié par l'autre partie. La clause pénale, au contraire, sauvegarde la possibilité d'un recours aux voies de droit en cas de refus d'exécution par l'un des contractants. Conformément à l'article 1228 du Code civil, « le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

Enfin, le versement de la somme d'argent prévu par la clause pénale a pour cause une faute commise par l'un des contractants et constitue la réparation forfaitaire du préjudice causé par cette faute. Tout au contraire, le paiement de la somme d'argent réglementé par la clause d'arrhes ou la clause de dédit est provoqué par l'accomplissement d'une simple éventualité : l'usage par l'une des parties de la faculté de dédit. Pas de faute, donc pas de réparation en cette matière. En bonne logique, il est, en effet, impossible d'affirmer que la personne qui

renonce à passer le contrat est coupable d'une faute et s'expose, en conséquence, à réparer le dommage subi par son cocontractant. En se dédisant, elle ne fait qu'user d'une prérogative absolue à elle conférée par les stipulations contractuelles. La somme qu'elle abandonne dans cette circonstance n'a point, par suite, le caractère d'une réparation, mais celui d'une simple indemnité versée en contrepartie du recours à la faculté de dédit (1).

En résumé, on peut poser le principe de la parité entre la clause d'arrhes et la clause de dédit, mais on doit déclarer que ces deux clauses sont notablement différentes de la clause pénale. La jurisprudence a donc tort de ne pas les distinguer.

(1) En ce sens Trib. com. Le Havre 13 mai 1921 Rec. Hav. 1922.15.

CHAPITRE IV

LICÉITÉ OU ILLICÉITÉ DU DÉDIT DANS LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Ainsi que nous l'avons vu, les promesses de vente de fonds de commerce contiennent très fréquemment une clause en vertu de laquelle la partie qui s'oppose à la réalisation de la vente projetée doit verser une indemnité dénommée « dédit » à son cocontractant. Ce « dédit » n'enfreint-il pas les principes fondamentaux du Droit, en particulier dans l'hypothèse où il est stipulé à l'encontre du bénéficiaire d'une promesse unilatérale ? Ce problème suscite une controverse très vive en doctrine et en jurisprudence. Nous l'étudierons dans la première section.

La question de la licéité ou de l'illicéité du dédit présente une moindre acuité en matière de promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce. Nous savons, en effet, que ce contrat engendre un double rapport obligatoire et confère à chaque partie les qualités de créancier et de débiteur. Le promettant s'engage à vendre, le bénéficiaire s'oblige à acheter. Le préjugé est favorable à la licéité du dédit. Nous nous demanderons dans la seconde section si cette opinion première est admissible.

SECTION I

Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce

Dans le chapitre premier (1), nous nous sommes attaché à montrer que le promettant, seul, contracte un engagement. Il en résulte que, dans la promesse unilatérale de vente, un dédit est valablement stipulé à son encontre, car il peut se départir de la promesse qu'il souscrit effectivement. Son revirement le contraint à effacer le dommage qu'il cause à son cocontractant. Tout cela est parfaitement cohérent et ne heurte aucune règle de droit. Aussi bien, la question que nous désirons examiner dans cette section n'est pas là.

Le fond du problème consiste à savoir si l'on peut valablement prévoir un « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce pour le cas où il ne lèvera pas l'option. La controverse est vive sur ce point. Une partie de la doctrine, suivie par quelques arrêts, soutient que ce « dédit » est illicite et doit être réputé sans cause. Quelques auteurs, convainquant certaines Cours

(1) Voir page 13.

d'appel, défendent une thèse intermédiaire : le « dédit », d'après eux, est illicite, mais prouve la volonté d'acquérir du bénéficiaire. D'autres juristes, dont l'opinion est adoptée par des juridictions du premier et du second degré, rétorquent que ce prétendu « dédit » est parfaitement licite.

I — LA THESE DE L'ILlicITE

A) — EXPOSE :

La thèse de l'illicéité du « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est soutenue par M. le doyen Emile Becqué (1) et par M. Jacques Becqué (2) qui considèrent que ce « dédit » est illogique et illicite pour défaut de cause.

Le « dédit » est illogique, à leur avis, car le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente ne contracte aucun engagement et ne peut, par suite, se dédire d'une obligation qu'il n'a jamais souscrite. Comme le remarque avec pertinence le tribunal de commerce de Marseille (3), « ne peut se dédire que celui qui s'est obligé ; cela résulte du sens grammatical du terme ». M. le doyen Emile Becqué raisonne de la même façon (4) : « Le bénéficiaire n'avait pas promis d'acheter, il s'était seulement réservé une option ; il ne pouvait donc pas se départir d'un engagement qu'il n'avait pas pris ».

Le versement du « dédit » serait également illicite, parce que le titulaire de l'option est libre d'acquérir ou non le fonds, objet du contrat. Puisqu'il ne s'engage pas à acheter, puisqu'il ne commet aucune faute en n'achetant pas, il est inconcevable, pensent les tenants de la thèse de l'illicéité, de prévoir contre lui une sanction pécuniaire pour le cas où il ne donne pas suite à l'affaire. La clause de « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale est donc nulle pour absence de cause, conformément à l'article 1131 du Code civil. M. le doyen Emile Becqué (5) se prononce en ce sens : « La stipulation exposant (le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente) à payer une somme à titre de dédit est donc juridiquement sans cause et ne doit recevoir aucun effet ».

Ce prétendu défaut de cause a amené la Cour d'appel d'Orléans (6) à prononcer à deux reprises la nullité de la stipulation de dédit à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce : « Le bénéficiaire de la promesse ne saurait

(1) Note sous Orléans 21 janv. 1948 J.C.P. 1948.2.4388 - comp. Précigout J.C.P. 1955.1.1243 n° 86.

(2) Note sous Angers 22 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5554 — dans le même sens note anonyme sous Orléans 5 janv. 1949 S. 1949.2.99 — comp. N.R.D. éd. 1948 v° vente n° 47.

(3) Trib. com. Marseille 14 mars 1935 J. Marseille 1936.1.77.

(4) Note sous Orléans 21 janv. 1948 J.C.P. 1949.2.4388 — dans le même sens J.C.P. 1950.2.5554 ; S. 1949.2.99.

(5) J.C.P. 1949.2.4388 - dans le même sens Jacques Becqué J.C.P. 1950.2.5554 ; note anonyme S. 1949.2.99.

(6) 21 janv. 1948 J.C.P. 1949.2.4388 et 5 janv. 1949 D. 1949 501 note Lalou, J.C.P. 1949.2.4962 note Vouin et S. 1949.2.99 — dans le même sens Trib. com. Marseille 14 mars 1935 J. Marseille 1936.1.77 ; Trib. com. Le Havre 27 juill. 1935 Rec. Hav. 1936.2.235

être condamné à verser une somme quelconque au promettant lorsque, dans le délai imparti, il n'a pas manifesté son intention d'acquérir ; en effet, n'ayant pas promis d'acheter, il est libre de sa décision et, n'ayant pris aucun engagement à cet égard, son refus de réaliser l'acte de vente ne comporte aucune sanction pécuniaire ; par suite, la clause insérée dans une promesse unilatérale de vente et prévoyant le paiement par l'acheteur éventuel d'une somme déterminée à titre de dédit, doit être réputée non écrite comme inconciliable avec l'énonciation primordiale de l'acte réservant au dit acheteur la faculté d'acquérir et comme ayant pour conséquence, si elle recevait application, de faire produire à la promesse unilatérale de vente les mêmes effets juridiques qu'à la promesse synallagmatique ».

B) — CRITIQUE DE LA THESE DE L'ILlicITE :

La thèse de l'illicéité nous a paru longtemps séduisante, sans doute parce qu'elle est simple. Nous croyons maintenant qu'il faut l'abandonner. Les deux arguments sur lesquels elle repose ne sont pas, en effet, décisifs.

On prétend, en premier lieu, qu'il est illogique de concevoir une faculté de dédit au profit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale puisque celui-ci ne contracte aucune obligation. Il est évident que le mot « dédit » est, dans cette hypothèse, impropre. Nous ne pensons pas, en revanche, qu'il soit inconcevable d'imposer au titulaire d'une option le versement d'une certaine somme d'argent qui s'impute sur le prix de vente en cas d'acquisition et reste au promettant dans le cas contraire. Nous tenterons de le démontrer en exposant la thèse de la licéité. Le premier argument constitue donc une pure et simple critique de terminologie.

On affirme, ensuite, que le prétendu « dédit » réclamé au bénéficiaire d'une promesse unilatérale est illicite, parce que sans cause. Il est certain que la somme abandonnée par le candidat à l'acquisition ne peut présenter le caractère d'une pénalité, puisque la levée de l'option est purement facultative. Mais nous estimons que le promettant est en droit d'exiger de son cocontractant une certaine somme d'argent, soit à titre de rémunération du service rendu, soit à titre de prix de la promesse, soit même à titre d'indemnité. Mais, dans ce dernier cas, l'indemnité n'est point la réparation forfaitaire d'une faute, elle est la juste compensation d'un préjudice éventuel supporté par le propriétaire du fonds de commerce, qui risque de manquer des occasions avantageuses par suite du délai de réflexion qu'il a consenti à l'acquéreur en puissance.

En conséquence, le versement opéré par le titulaire du droit d'option nous paraît causé, donc licite. Cette conclusion ébranle déjà la thèse intermédiaire, dont l'un des fondements consiste précisément dans le rejet de la licéité du « dédit » à l'encontre du bénéficiaire d'une promesse unilatérale.

11 — THESE INTERMEDIAIRE : DEDIT ET VOLONTE D'ACQUERIR

Certains auteurs et magistrats refusent de condamner le bénéficiaire d'une promesse unilatérale à verser une somme d'argent au promettant en cas de non-levée d'option, mais n'en déduisent pas l'illicéité de la clause de « dédit ». Voilà pourquoi nous appelons cette thèse intermédiaire. N'est-il pas, néanmoins, contradictoire de soutenir qu'une même stipulation contractuelle n'est, ni licite, ni illicite ? Nous tenterons de montrer comment la thèse intermédiaire évite l'écueil de cette opposition. Ce sera l'exposé de la thèse intermédiaire, dont nous ferons ensuite la critique.

A) — EXPOSE DE LA THESE INTERMEDIAIRE :

La thèse intermédiaire repose sur le rejet de la licéité du dédit, la croyance en la volonté d'acquérir du bénéficiaire et le désir de se conformer aux dispositions de l'article 1157 du Code civil.

Le dédit stipulé contre le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce ne peut être réputé licite, puisque ce bénéficiaire se réserve une simple faculté d'acquérir et reste donc en droit de ne pas lever l'option. « Il n'est pas, en effet, concevable qu'une promesse de vente puisse comporter un dédit pour l'acheteur éventuel qui n'a encore pris aucun engagement et qui s'est réservé la faculté de n'en prendre aucun » (1).

Les défenseurs de la thèse intermédiaire estiment, d'autre part, qu'en s'engageant à verser une somme d'argent au promettant, pour le cas où il ne réaliserait pas la promesse, le bénéficiaire manifeste sa volonté d'acquérir. La convention possède la nature juridique d'une promesse synallagmatique de vente, tout en ayant les apparences d'une promesse unilatérale. On comprend alors pourquoi l'acquéreur éventuel s'oblige à indemniser son cocontractant, s'il ne donne pas suite à l'affaire. En ne prenant pas possession du fonds, il se dégage d'une promesse qu'il a faite antérieurement et s'expose ainsi au versement d'une indemnité. Dans une thèse (2) soutenue à Paris en 1886, nous lisons qu'« il est bien certain, en tout cas, que si les arrhes ont été données par l'accepteur de la promesse, cette dation d'arrhes sous-entend une promesse d'acheter de sa part, et alors nous sommes dans le cas d'une promesse synallagmatique de vente avec arrhes, les articles 1589 et 1590 s'appliqueront ». Quelques décisions judiciaires partagent cette opinion. C'est le point de vue adopté implicitement, selon nous, par la Chambre civile de la Cour suprême (3) dans un arrêt rendu le 17 juillet 1930. Dans cette espèce, les demandeurs en cassation se prétendaient propriétaires d'un fonds de commerce par l'effet d'une

(1) Rouen 11 oct. 1934 Rec. Hav. 1935.2.29

(2) Mahoudeau p. 210 — dans le même sens J. Archevêque : le droit et les affaires 17 mars 1937 ; Duvergier t. 1 n° 134 cité par Redouin p. 79 ; Ravoire p. 91 — comp. Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1.243 n° 86.

(3) S. 1931.1.297 note Hubert — dans le même sens Colmar 27 oct. 1931 R.J.A.L. 1932.101 et Rouen 11 oct. 1934 Rec. Hav. 1935.2.29

promesse de vente, à laquelle ils disaient avoir définitivement adhéré le jour même en versant un acompte de 7.500 francs sur le prix convenu. La Cour d'appel de Paris avait écarté leur prétention par ce motif que l'acte constituait une promesse unilatérale de vente qui n'aurait pu opérer transfert de propriété du fonds de commerce aux époux V... (demandeurs en cassation) que du jour où ils auraient déclaré vouloir en profiter. La Cour suprême rétorque : « Attendu que la Cour d'appel de Paris a négligé de s'expliquer sur le fait allégué du versement, dès le 17 juillet 1924 (jour de la conclusion de la promesse de vente), d'un acompte sur le prix de 7.500 francs qui, à le supposer établi, eût pu être décisif en la cause ». On peut déduire de cet arrêt que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente qui verse un acompte sur le prix, à assimiler à notre « dédit », manifeste par là même sa volonté d'acquérir le fonds de commerce. C'est là que réside l'intérêt de cette décision judiciaire. La promesse unilatérale de vente de fonds de commerce avec clause de « dédit » serait donc, en vérité, une convention synallagmatique. En soutenant une telle interprétation, d'après les tenants de la thèse intermédiaire, on appliquerait d'une façon logique les dispositions de l'article 1157 du Code civil.

Cet article édicte, en effet, que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». En stipulant le versement d'une somme d'argent à titre d'acompte sur le prix, la clause de « dédit » introduite dans une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce peut révéler la volonté d'acquérir du bénéficiaire, elle peut, au contraire, laisser intacte la faculté d'option de ce dernier en le condamnant néanmoins à verser un « dédit » pour le cas où il n'achètera pas. Dans le premier cas, la clause est valable, dans le second, affirme-t-on, elle est illicite. Conformément aux prescriptions de l'article 1157 précité, c'est le premier sens qui doit être retenu (1).

Tels sont les arguments qu'exposent doctrine et jurisprudence à l'appui de la thèse intermédiaire, dont nous allons faire maintenant la critique.

B) — CRITIQUE DE LA THESE INTERMEDIAIRE :

La thèse intermédiaire nous paraît inadmissible, car on peut prévoir le paiement d'une indemnité, d'un « dédit », à la charge du titulaire d'une option, sans que la consignation de cette somme dépouille le bénéficiaire de sa faculté d'acquérir. L'interprétation de la convention fondée sur l'article 1157 du Code civil aboutit donc à une conclusion regrettable.

Les défenseurs de la thèse intermédiaire commettent la même erreur que les tenants de la thèse de l'illicéité. Ils ont tort de ne voir dans le prétendu « dédit » qu'une pénalité, alors qu'il s'agit d'une simple

(1) Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4.

indemnité compensatrice du préjudice que peut subir éventuellement le promettant ou, si l'on préfère, du prix de la promesse.

Les partisans de la thèse intermédiaire s'égarent pareillement, d'après nous, quand ils prétendent que la volonté d'acquérir du bénéficiaire résulte de la consignation du « dédit ». En effet, le versement de la somme d'argent entre les mains de l'intermédiaire, voire plus rarement du promettant, constitue l'exécution d'une clause obligatoire du contrat. On n'est donc pas fondé à en déduire le consentement d'acquérir du titulaire de l'option (1). La Cour d'appel de Paris (2), dans un arrêt rendu le 3 décembre 1930, partage cette opinion : « Considérant que la promesse de vente consentie et qualifiée au contrat de simple faculté d'acquérir pour le preneur n'est assortie dans l'espèce d'aucune obligation d'acheter : il n'y a donc pas là une promesse réciproque de vendre et d'acheter, valant vente aux termes de l'article 1589 du Code civil ; considérant que cette obligation d'acheter ne résulte pas de la convention relative aux arrhes qui seront imputées sur le prix de vente, qui porteront intérêt en cas de réalisation et qui seront perdues pour le preneur, s'il n'use pas de la faculté d'acquérir ».

L'article 1157 du Code civil n'autorise pas davantage à considérer le « dédit » comme un acompte sur le prix. M. Carbonnier (3) s'étonne que l'on puisse s'attacher aux clauses « d'où il peut résulter que l'acheteur éventuel a entendu conserver sa liberté plutôt qu'à celle qui semble le lier définitivement en lui imposant le paiement d'une certaine somme pour se retirer ». Cette interprétation de la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce avec clause de « dédit » nous semble, cependant, conforme au bon sens.

La logique veut qu'on fasse prévaloir le principal sur l'accessoire, la promesse unilatérale de vente sur la clause de « dédit ». N'est-ils pas recommandé par l'article 1156 du Code civil de « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » ? On dénature la convention, lorsqu'on prétend voir une promesse synallagmatique de vente dans ce qui est une simple promesse unilatérale. La clause de « dédit » ne permet pas cette déformation de l'intention des parties, et ce d'autant moins qu'on peut parfaitement concevoir le versement d'une indemnité par le titulaire d'une option.

III — LA THESE DE LA LICÉITE

La thèse de la licéité du « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est adoptée par de nombreux auteurs (4) et consacrée par quelques décisions judi-

(1) Dans le même sens Cohen n° 192

(2) D.P. 1931.2.147.

(3) Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4.

(4) Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4; René Chauveau R.N.B. 1952.97 et suiv.; Cohen n° 192; Précigout J.C.P. 1955.1.1243 n° 86 in fine; Ripert notes sous Trib. com. Seine 22 déc. 1949 D. 1950.308 et sous Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97; Vencent p. 20; note Vouin sous Orléans 5 janv. 1949 J.C.P. 1949.2.4962; note G.P. 1949.1.112 sous Orléans 5 janv. 1949.

claires (1). On considère, dans cette opinion, le « dédit », comme une indemnité pour le préjudice que risque de subir le promettant, comme la rémunération du service rendu par ce dernier, enfin, comme le prix de la promesse. On invoque également le principe du respect des conventions et le caractère forfaitaire de l'indemnité.

A) — DEDIT ET INDEMNITE POUR LE PREJUDICE SUBI :

La souscription d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce valable pendant un certain délai expose son auteur à de graves dangers. Le propriétaire du fonds s'oblige ainsi à ne pas céder son établissement à un tiers dans des conditions plus avantageuses. Supposons que le prix fixé dans la promesse soit, par exemple, d'un million et qu'un amateur généreux offre le double. Le promettant, dépouillé en fait de tout droit d'aliéner, est contraint de repousser ces propositions. Il encourt donc un préjudice puisqu'à cause de la malencontreuse promesse unilatérale de vente qu'il a consentie au bénéficiaire, cet homme perd une belle occasion de gagner un million. Le « dédit » est une indemnité forfaitaire destinée à compenser le dommage ainsi supporté. Sans doute celui-ci est purement éventuel et d'un montant incertain. Le forfait arrêté par les contractants supprime toutes difficultés relatives à l'évaluation de ce préjudice.

Quelques juristes éminents défendent ce point de vue. M. Lalou (2), dans son commentaire publié au Dalloz, écrit ceci : « Mais la somme stipulée est destinée à indemniser le promettant empêché de vendre à une autre personne pendant le délai durant lequel le bénéficiaire peut réaliser la promesse, du préjudice qu'il risque de subir en manquant les occasions de vendre d'une manière avantageuse, surtout en période d'instabilité monétaire ». M. le doyen Ripert (3) considère, également, le dédit comme « la compensation du préjudice éprouvé par le vendeur qui a été obligé d'attendre la décision de l'acquéreur ».

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 5 juillet 1951 (4) fait état du même argument : « On doit observer d'ailleurs que les époux P... en consentant la promesse de vente se sont privés pendant la durée de l'option de la libre disposition de leur fonds de commerce et ont renoncé à le vendre, même à un prix plus avantageux, à tout autre acquéreur ; cette circonstance suffit encore à justifier l'indemnité forfaitaire prévue pour réparer le préjudice résultant pour le promettant du refus du bénéficiaire de l'option acceptée par lui ».

On pourrait songer à rétorquer que cette analyse du « dédit » qui consiste à voir dans celui-ci une indemnité pour le préjudice subi

(1) Paris 2 juill. 1931 G.P. 1931.2.726 ; Colmar 27 oct. 1931 R.J.A.L. 1932.101 ; Paris 7 nov. 1931 D.H. 1932.45 ; Lyon 6 juill. 1934 R.F.C. 1935.351 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.226 ; Douai 25 juill. 1952 D. 1953.47 ; Trib. civil Seine 19 oct. 1957 G. P. 15-18.2.1958.

(2) Note sous Orléans 5 janv. 1949 D 1949.501

(3) Notes D. 1950.308 et D. 1951.97 — dans le même sens Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 86 ; note sous Orléans 5 janv. 1949 G.P. 1949.1.112

(4) G.P. 1951.2.227

est purement imaginaire puisqu'en cas de levée d'option la somme consignée s'impute sur le prix de vente du fonds. Cette réfutation n'est pas décisive pour deux raisons.

En premier lieu, il est possible de répondre qu'en cas d'acquisition le bénéficiaire règle effectivement cette indemnité, incluse dans le prix global qu'on exige de lui. D'autre part, si l'on n'admet pas que la somme totale réclamée à l'acquéreur englobe le prétendu « dédit », il est permis de soutenir que le promettant renonce, dans l'hypothèse de réalisation de la vente, à encaisser cette indemnité, parce qu'il obtient alors le prix de cession désiré par lui et ne supporte en conséquence aucun dommage. Il est alors conforme au bon sens que le montant de la consignation s'impute sur le prix de vente du fonds de commerce.

Il est bien évident, par ailleurs, que cette indemnité ne constitue pas une pénalité infligée au candidat à l'acquisition. Ce n'est point parce que celui-ci commet une faute qu'on exige de lui un certain versement. C'est uniquement pour compenser les inconvénients inhérents au délai de réflexion que lui accorde le propriétaire du fonds.

B) — « DEDIT » ET REMUNERATION DU SERVICE RENDU :

En faveur de la licéité du « dédit » on peut aussi déclarer que le promettant rend un service appréciable au bénéficiaire en lui réservant une faculté d'acquérir le fonds de commerce pendant un certain temps : quelques semaines, voire quelques mois. Le « dédit » n'est que la rémunération de ce service. Il est donc licite. Cet argument, nous le trouvons sous la plume de M. Cohen : « L'indemnité promise par le bénéficiaire de l'option est la contrepartie de l'avantage que cette option lui procure » (1).

De l'idée de contrepartie, on passe naturellement à celle de prix.

C) — « DEDIT » ET PRIX DE LA PROMESSE :

On peut, en effet, légitimer également le « dédit » en le considérant comme le prix de la promesse de vente. Le bénéficiaire, désireux de s'octroyer un délai de réflexion, achète en quelque sorte cette option que lui accorde le promettant. Le dédit n'est pas autre chose que le prix de cette acquisition. Pourquoi ne vendrait-on pas, en effet, le bénéfice d'une promesse de vente, à une époque où les larmes elles-mêmes se monnaient ? La faculté d'acquérir un établissement commercial est une chose cessible, transmissible, donc aliénable à titre onéreux. Ce système, M. Cohen (2) l'adopte lorsqu'il écrit : « Si l'acquéreur éventuel a promis une indemnité au vendeur, c'est dans le seul but d'obtenir de lui une option valable pendant un certain délai ». Ce prix de la promesse, le bénéficiaire le règle même quand il acquiert le fonds de com-

(1) N° 192 — dans le même sens Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4 — comp. Colmar 27 oct. 1931 R.J.A.L. 1932.101 et Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227.

(2) Cohen n° 192 — dans le même sens J.C.N. 2^e part. form. v° f. de c fasc. Pl. n° 96, fasc. P2 n° 57 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 64 et 65

merce, car le prix total qu'il acquitte alors englobe le prix de la promesse. Même si ce dernier prix était seulement exigible en cas d'échec de l'entreprise, il n'en serait pas moins licite. On peut fort bien imaginer un système de gratuité conditionnelle de la promesse consentie. Pour vaincre les hésitations de son cocontractant, le promettant est en droit de convenir que dans l'hypothèse de réalisation de la vente, la faculté d'acquérir sera gratuite. Le principe de la liberté des conventions justifie un tel procédé, de même que l'article 1134 du Code civil plaide en faveur de la licéité de cette pratique, dite du « dédit » à la charge du titulaire d'un droit d'option.

D) — « DEDIT » ET RESPECT DES CONVENTIONS :

Pour justifier cette pratique du prétendu « dédit », on peut invoquer, en effet, les dispositions fondamentales de l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le bénéficiaire s'engage dans la promesse à abandonner un « dédit » au promettant, s'il ne lève pas l'option. Conformément à l'article précité, il doit tenir sa parole et s'exécuter. M. Lalou (1) affirme que « le bénéficiaire de la promesse qui estimait n'avoir pas à réaliser cette promesse devait donc payer cette somme, ainsi qu'il en avait (sic) convenu ». « Il semble », ajoute cet auteur, « qu'il eût été facile de le rappeler à l'observation de la règle que les conventions font la loi des parties ». La jurisprudence fait souvent état également du principe du respect des conventions pour justifier ses décisions favorables à la licéité du « dédit ». Dans un arrêt rendu le 5 juillet 1951, la Cour d'appel de Paris (2) observe que « s'il est exact que T... restait libre de ne pas acquérir, il a cependant accepté, au cas où il ne réaliserait pas la vente, de verser au vendeur éventuel une indemnité fixée forfaitairement : que cet accord, librement consenti et non contraire à l'ordre public, fait la loi des parties et doit être respecté ».

E) — CARACTERE FORFAITAIRE DE L'INDEMNITE :

Il est un dernier argument à formuler à l'appui de la licéité du « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce. Cet argument puise sa force dans le caractère forfaitaire de l'indemnité ainsi stipulée et dans les prescriptions de l'article 1152 du Code civil en vertu desquelles il est interdit d'accroître ou de diminuer la somme convenue par les contractants. L'annulation du « dédit » constituerait, en effet, une violation de ce texte (3).

IV — CONCLUSION

Cette pratique du « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce suscite plusieurs remarques et, en premier lieu, appelle une critique de terminologie.

(1) Note D. 1.949.501 — dans le même sens Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 § 4 ; Vouin note sous Orléans 5 janv. 1949 J.C.P. 1949.2.4.962

(2) G.P. 1951.2.227 — dans le même sens Lyon 6 juill. 1934 R.F.C. 1935.351

(3) Rapp. Carbonnier Rev. trim. 1948 p. 350 par. 4.

Les partisans de la thèse de l'illicéité ont raison de dénoncer l'illogisme d'une faculté de « dédit » prévue au profit d'un contractant qui ne souscrit aucun engagement. Le titulaire du droit d'option n'a pas promis d'acheter le fonds de commerce, il ne peut, en conséquence, se dédire. Il s'agirait donc de substituer à ce vocable injustifié de « dédit » une expression mieux fondée, soit « prix de la promesse », soit « indemnité d'attente ». Il est bon, en effet, de se rendre compte de la parenté étroite qui existe entre ces deux formules. L'une et l'autre traduisent l'idée plus générale de contrepartie, soit contrepartie d'un avantage pour le bénéficiaire, soit contrepartie d'un inconvénient pour le promettant.

La recherche de la nature juridique de ce prétendu « dédit » nous a conduit à poser le principe de sa licéité. Cette conclusion, il faut le reconnaître, aboutit assez souvent à des résultats pratiques inévitables, voire immoraux. Le prix de la promesse est trop couramment en disproportion flagrante avec le service effectivement rendu par le propriétaire du fonds, qui se borne à octroyer à son cocontractant un délai de réflexion très bref : quelques semaines, parfois quelques mois. Lorsqu'un promettant exige un versement de 500.000 francs et même quelquefois d'un million en échange d'une option relative à un fonds de commerce ne valant qu'un petit nombre de millions, il n'y a pas juste rémunération, parce qu'il n'y a pas équivalence entre le service réellement rendu et la somme acquittée. Dans cette hypothèse, fréquente en pratique, l'acquéreur éventuel subit une lésion considérable.

Le montant excessif de l'indemnité réclamée au bénéficiaire nous amène à faire état d'une considération psychologique. Le promettant et l'intermédiaire veulent forcer l'acheteur en puissance à manifester l'intention d'acquérir le fonds et, pour y parvenir, le menacent de la perte d'un « dédit » important. Pour ne point perdre 500.000 francs, voire davantage, le titulaire de l'option est contraint d'acheter l'établissement. Il est victime d'une pression abusive, d'une violence contraire à l'équité et à la morale.

Ainsi, le bénéficiaire subit une lésion quand il paraphe une promesse unilatérale pour un prix exagéré. Il ne peut, cependant, dans l'état actuel de la législation, s'en prévaloir pour obtenir la rescision du contrat. Il lui appartient de ne pas accepter des conditions aussi draconiennes. Il est vrai qu'au moment de la signature de l'option, il pense acquérir le fonds et, par suite, ne pas perdre l'indemnité.

Nous savons déjà que le titulaire d'une faculté d'achat signe assez couramment, contraint et forcé, les actes définitifs de vente et que la sauvegarde de son patrimoine le pousse à acquérir, même lorsque l'établissement est véreux. En raison de cette pression pécuniaire, l'acquéreur n'émet pas un consentement libre. On pourrait, par conséquent, songer à annuler l'acquisition pour vice de consentement. Cette parade a, selon nous, peu de chances d'être efficace, car la violence dont l'acheteur est victime a sa source dans une stipulation contractuelle libre-

ment et volontairement acceptée, elle est donc licite et ne peut emporter annulation de la convention. Il nous semble, d'autre part, qu'une demande en nullité fondée sur l'erreur ou le dol ne serait guère plus fructueuse. La clause de « dédit » était incluse dans la promesse : il appartenait au bénéficiaire d'en saisir la signification et la gravité.

Ces conclusions nous choquent cependant. Nous ne pouvons admettre que cette pratique soit, pour les uns, cause de gains faciles et immérités et, pour les autres, cause de pertes importantes et de pressions critiquables. Il nous paraît, en définitive, qu'une intervention du législateur serait souhaitable en cette matière. On pourrait instituer un système de rescision des promesses unilatérales pour cause de lésion, en s'inspirant des dispositions temporaires de l'article 9 de la loi du 29 juin 1935 et déterminer la limite maximum du prix de la promesse en fonction des bénéfices réalisés dans l'entreprise et du délai de réflexion consenti au titulaire du droit d'option.

SECTION II

Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce

La clause de dédit introduite dans une promesse synallagmatique de vente ne suscite pas de controverse. Unanimes, doctrine et jurisprudence soutiennent que cette clause est licite. Cet accord puise sa raison d'être dans la notion de promesse bilatérale qui se caractérise, nous le savons (1), par l'existence d'un double lien de droit. Puisque chaque partie s'engage, on conçoit qu'elle ait la possibilité de se raviser et qu'elle doive verser, en cas de revirement, une indemnité forfaitaire. Ainsi compris, le dédit n'est pas seulement licite lorsqu'on l'exige du promettant, il l'est aussi quand on le réclame au bénéficiaire.

Le promettant s'engage à céder son fonds de commerce, il lui est donc loisible de se départir de sa promesse conformément à l'article 1590 du Code civil. En se refusant à réaliser la vente, il cause préjudice à son cocontractant. La stipulation d'une indemnité à la charge du vendeur ne provoque, par suite, aucune objection et doit être déclarée licite.

A la différence du titulaire d'un droit d'option, le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique contracte un engagement : il s'oblige à acquérir l'établissement commercial, objet de la convention. Il est donc admissible qu'il puisse se raviser. En se dégageant de sa promesse, il réalise l'éventualité prévue par la clause et doit, en conséquence, verser l'indemnité forfaitaire.

Nous savons maintenant que la clause de « dédit », véritable ou prétendue, est valable. Nous sommes en mesure d'en étudier l'influence sur la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce.

(1) Voir page 27.

CHAPITRE V

INFLUENCE DU DÉDIT SUR LA NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

Jusqu'alors, nous avons examiné la clause de dédit en l'isolant de son contexte. Nous devons maintenant la replacer dans son cadre contractuel. Vu sous cet angle, le dédit pose des problèmes nouveaux. Il nous faut rechercher sa nature dans les promesses de vente, étape indispensable pour atteindre le but : la détermination de la nature juridique des promesses de vente avec dédit.

SECTION I

Nature juridique du dédit dans les promesses de vente de fonds de commerce

Pour certains auteurs, le dédit équivaut à une faculté de résiliation unilatérale. Pour d'autres, il constitue une condition suspensive ou résolutoire, toujours valable.

I — DEDIT ET RESILIATION UNILATERALE

D'après M. Redouin (1), le dédit n'empêche pas la formation d'un contrat ferme susceptible d'exécution immédiate, mais accorde à l'une ou aux deux parties la faculté de résiliation unilatérale de la promesse de vente. « A notre avis », écrit M. Redouin, « l'exercice de la faculté de dédit entraîne la résiliation du contrat ; un versement d'arrhes ou une clause de dédit ont pour but et pour effet de permettre la résiliation unilatérale du contrat ».

L'auteur invoque à l'appui de son opinion deux arguments. La résiliation de la promesse de vente à la suite de l'exercice de la faculté de dédit est, selon lui, conforme à l'intention des parties. « En effet, si elles ne donnent pas un engagement définitif, elles ne s'engagent pas moins » (2), car dès la conclusion de la promesse « des faits se sont produits qui ne pourront être effacés : transmission de la propriété, des risques, etc... ». D'autre part, cette faculté de résiliation unilatérale ne serait pas contraire aux dispositions légales et, en particulier, à l'article 1134 du Code civil : elle puise sa force dans un accord des contractants, qui doit faire la loi au même titre que les autres clauses de la convention.

On peut admettre effectivement que cette faculté de résiliation unilatérale ne heurte pas les dispositions de l'article 1134. En revanche,

(1) P. 158

(2) Redouin p. 158 et 135

cette interprétation nous semble en contradiction, le plus souvent, avec l'intention véritable des parties. Ces dernières désirent que les choses demeurent en l'état jusqu'à la prise de possession. M. Redouin soutient que la promesse de vente avec dédit est translatrice de propriété et des risques. C'est un postulat qu'il ne démontre pas et qui nous paraît inconciliable avec la réalité. Les contractants entendent fréquemment que le promettant reste propriétaire jusqu'au jour fixé pour la livraison du fonds de commerce et qu'il continue à gérer et à jouir comme par le passé. Si l'on se ralliait au système de la résiliation unilatérale, il faudrait reconnaître au bénéficiaire d'une promesse synallagmatique le droit de réclamer les profits réalisés entre la conclusion de la promesse et la livraison du fonds. Cette prétention n'est jamais élevée, parce que les signataires du contrat conviennent implicitement ou explicitement de retarder le transfert de propriété jusqu'au jour de la délivrance. Il nous semble, en conséquence, préférable d'attribuer au dédit la nature juridique d'une condition plutôt que celle d'une faculté de résiliation unilatérale.

II — DEDIT ET CONDITION

La doctrine dominante assigne au dédit la nature juridique d'une condition. D'après certains auteurs, cette condition est résolutoire et, selon d'autres, suspensive.

A) — DEDIT ET CONDITION RESOLUTOIRE :

Certains auteurs (1) soutiennent que le dédit opérerait comme une condition résolutoire. La promesse synallagmatique de vente produirait les mêmes effets qu'une vente ferme, elle serait translatrice de la propriété et des risques. En cas d'exercice par l'une des parties de la faculté de dédit, la condition résolutoire se réaliserait et entraînerait la disparition rétroactive de la convention. Cette explication aboutit à des résultats pratiques semblables à ceux du précédent système de la résiliation unilatérale (2).

M. Redouin (3) émet, à l'encontre du dédit considéré comme une condition résolutoire, une objection qui ne nous paraît pas décisive. Il déclare que, si l'exécution du contrat devient impossible, la condition ne s'en réalisera pas moins et que, par voie de conséquence, le contrat étant résolu le dédit sera perdu. Or, ajoute-t-il, en cas d'exécution impossible, le dédit est restitué à celui qui l'a versé. Le dédit, conclut-il, n'est donc pas une condition résolutoire .

Ce raisonnement n'est pas convaincant. L'avènement de la condition résolutoire se produit en cas d'exercice par l'un des contractants de la faculté de dédit. En cas d'inexécution de la promesse par suite

(1) Boudaud et Chabrol p. 559 note 2 ; Colmet de Santerre 2^e éd. t. VII bis, IX et X ; Guillouard t. I n° 23 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P^I n° 83 et 94 ; Mahoudeau p. 206 ; Ravoire p. 39

(2) Trib. com. Le Havre 13 mai 1921 Rec. Hav. 1922.1.5.

(3) P. 135.

d'une force majeure, aucune des parties ne se dégage du lien de droit. Celui-ci disparaît parce qu'il ne peut être respecté. Supposons que le fonds de commerce, objet du contrat, soit la proie des flammes. Le promettant qui ne peut livrer l'établissement au bénéficiaire est déchargé de son obligation. Il est impossible de soutenir qu'il use de la faculté de dédit, car il n'y a pas inexécution volontaire. Dans cette hypothèse, la somme versée par le promettant à titre de dédit lui est restituée. Cette conséquence est logique, même lorsqu'on analyse le dédit en une condition résolutoire. L'objection de M. Redouin n'est donc pas fondée.

Une autre critique doit être, selon nous, formulée à l'encontre du dédit interprété comme une condition résolutoire. Elle puise sa force dans l'intention des parties. Encore une fois, si le dédit était vraiment une condition résolutoire et si cette condition défaillait, le bénéficiaire de la promesse serait en droit de réclamer les profits réalisés pendant la période comprise entre la date de la conclusion de la promesse et celle de la prise de possession. Le bénéficiaire n'élève jamais une telle prétention ; il estime donc ne pas être encore propriétaire du fonds. Cette remarque psychologique nous semble fondamentale, car elle permet une interprétation correcte de la nature juridique du dédit dans les promesses de vente de fonds de commerce.

En cette matière, il faut se départir, cependant, de toute rigueur doctrinale. Le problème qui nous préoccupe est, avant tout, une question de fait dont la solution nous est fournie par l'intention souveraine des parties. Ces dernières attribuent parfois au dédit la nature juridique d'une condition résolutoire (1). Il en est ainsi, en particulier, dans le cas où les signataires du contrat décident que le bénéficiaire deviendra propriétaire du fonds de commerce dès le jour de la promesse (2). Dans un arrêt rendu le 13 décembre 1949, la Chambre civile de la Cour de cassation (3) se fonde en partie sur le transfert immédiat de la propriété du fonds de commerce à la date de la promesse, pour décider que celle-ci valait vente ferme et que les arrhes versées par le bénéficiaire constituaient un acompte sur le prix. Ce seul motif n'est pas topique. La convention conclue aurait pu s'analyser en une promesse de vente sous condition résolutoire de l'exercice de la faculté de dédit.

Lorsque les contractants ne précisent pas que la promesse est immédiatement translatrice de propriété, il nous paraît préférable d'interpréter le dédit comme une condition suspensive.

B) — DEDIT ET CONDITION SUSPENSIVE :

La doctrine dominante (4) estime que le dédit est une condition suspensive dont l'avènement suppose qu'aucune des parties ne se dégage

(1) Note Emile Becqué sous Angers 11 avr. 1951 J.C.P. 1951.2.6615

(2) Comp. Lyon 9 mai 1946 J.C.P. éd. not. 1947.2.3699

(3) Civ. 13 déc. 1949 J.C.P. 1951.2.5993

(4) Baudry - Lacantinerie et Saignat : de la vente n° 80 ; Cohen n° 194 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 838 ; Duvergier t. I n° 140 ; Jossierand t. II n° 1068 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 209 ; Troplong t. I n° 136

de la promesse. Dans ce système, le dédit possède la nature juridique d'une condition suspensive négative, puisqu'elle s'accomplit quand un fait ne se produit pas.

On peut alléguer, à l'appui de cette opinion, l'incertitude qui règne sur la réalisation de la promesse de vente. On ignore si, finalement, promettant et bénéficiaire se décideront à exécuter la vente qu'ils concluent. Cette incertitude démontre l'existence d'une condition. Et celle-ci revêt le plus souvent un caractère suspensif, conformément à l'intention souveraine des contractants. Jusqu'au jour fixé pour la prise de possession, le promettant demeure propriétaire du fonds de commerce, qu'il continue à exploiter et dont il se réserve les profits. Si l'une des parties use de la faculté de dédit, la promesse de vente devient caduque et le promettant n'a jamais cessé d'être propriétaire de l'établissement. Cette raison pratique, en harmonie avec l'intention des signataires de la promesse, nous incite à voir dans le dédit une condition suspensive.

Cette interprétation est adoptée par la jurisprudence dominante. Le 25 juin 1934, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1) juge à propos d'une promesse de vente de fonds de commerce, que « s'étant réservé la faculté de se dédire, les parties avaient entendu suspendre les effets du contrat jusqu'à la date fixée pour la prise de possession ». La Cour d'appel de Lyon (2) se prononce dans le même sens le 12 octobre 1937 et déclare qu'une vente, aussi bien qu'une promesse de vente, peut comporter la faculté pour les parties de renoncer au contrat, qui se trouve ainsi soumis à une condition suspensive. Le Tribunal civil d'Hazebrouck (3) rappelle que « l'acte qui contient une promesse de vente de fonds de commerce à réaliser dans une période déterminée et à peine de dédit » est « assorti d'une condition suspensive ».

Cette analyse du dédit est cependant critiquée par M. Redouin (4). Cet auteur estime tout d'abord qu'« il est inexact de dire que le consentement est tenu en suspens ». En fait, dès la conclusion de la promesse de vente, la convention est formée. Il est seulement stipulé que l'exécution de la promesse est suspendue à la condition qu'aucun des contractants ne se ravise. Le mot « dédit » prouve que le promettant et le bénéficiaire ont donné antérieurement leur consentement.

L'auteur exprime une autre critique. Il écrit (5) : « Si le dédit est exercé, le contrat disparaîtra : certes, la rétroactivité jouera et il sera censé n'avoir jamais existé, mais tout ceci n'est que fiction, car

(1) R.F.C. 1938.37 — dans le même sens Colmar 5 mars 1931 R.J.A.L. 1932.230 ; Lyon 12 oct. 1937 R.F.C. 1937.553 ; Paris 17 mars 1939 R.F.C. 1939.225 ; Trib. civ. Hazebrouck 25 oct. 1950 D. 1950.694 - comp. Civ. 24 nov. 1954 D.S. (S) 1955.35

(2) R.F.C. 1937 p. 553

(3) Trib. civ. Hazebrouck 25 oct. 1950 D. 1950.694

(4) Thèse précitée p. 133 et 135

(5) P. 135

des faits se sont produits qui ne pourront être effacés : transmission de la propriété, des risques ». Ces prétendues réalités, nous ne les décelons pas dans les promesses de vente de fonds de commerce. L'auteur estime que le contrat est immédiatement translatif de la propriété et des risques. Nous nous demandons jusqu'à quel point cette affirmation ne constitue pas une pétition de principe. C'est la nature juridique du dédit qui commande l'époque du transfert de propriété, et non l'inverse. Ce problème ne peut être élucidé qu'à l'aide de l'intention des parties. La volonté des contractants imprime au dédit sa véritable nature juridique, très souvent celle d'une condition suspensive, rarement celle d'une condition résolutoire. La critique de M. Redouin est donc inopérante.

D'après la Commission supérieure de cassation (1), « l'obligation qui naît de la promesse d'un contrat n'est pas une obligation conditionnelle aux termes des articles 1168 et suivants du Code civil, ces textes supposant que l'événement prévu n'est pas une simple manifestation de volonté des parties ». Elle en déduit que la promesse de vente d'un fonds de commerce avec dédit n'entraîne pas rétroactivement transfert de propriété au jour de la conclusion du contrat. Cette objection nous semble erronée, car les parties se mettent d'accord dès la promesse.

Nous nous croyons donc autorisé à conclure que le dédit possède la nature juridique d'une condition suspensive, sauf lorsque les parties décident que la promesse sera immédiatement translatrice de propriété.

S'il n'est pas vrai, comme le soutient la Commission supérieure de cassation, que l'exécution de la promesse soit subordonnée au consentement des contractants, il n'en est pas moins exact que cette exécution dépend d'une manifestation de volonté du promettant et du bénéficiaire, de leur intention de ne pas se départir de leurs engagements. Cette condition suspensive ne heurte-t-elle pas, dès lors, les dispositions de l'article 1174 du Code civil ?

III — DEDIT ET CONDITION VALABLE

En vertu de cet article, « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Ne peut-on pas prétendre que ce texte est applicable à la promesse de vente avec dédit, susceptible d'anéantissement par la volonté de l'une des parties ? En vérité, cette convention n'est pas nulle, pour cette raison que le dédit constitue une condition simplement potestative.

La Doctrine (2) a, en effet, coutume d'opposer à la condition purement potestative, illicite conformément à l'article 1174 précité, la condition simplement potestative, valable parce que subordonnée à la

(1) 10 févr. 1938 R.F.C. 1939. 163

(2) Beudant et Lerebourg Pigeonnière t. VIII par Lagarde n° 791 ; Colin. Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 650

fois à une manifestation de volonté et à l'accomplissement d'un fait extérieur (1). Or, la décision d'user de la faculté de dédit n'est pas un acte purement et exclusivement volontaire. Des contingences externes peuvent entraîner une semblable volition. Mais surtout, il ne suffit pas au contractant de se départir de la promesse, il lui faut encore abandonner une certaine somme fixée par la clause de dédit.

La nature juridique du dédit stipulé dans les promesses de vente de fonds de commerce dépend donc de l'intention souveraine des parties. Rarement, le dédit constitue une condition résolutoire ; il en est ainsi cependant, quand le promettant et le bénéficiaire s'entendent pour opérer le transfert de propriété dès le jour de la promesse. Le plus souvent, le dédit apparaît comme une condition suspensive, dont nous venons de démontrer la validité. Cette question préjudicielle tranchée, nous pouvons aborder l'examen de la nature juridique des promesses de vente de fonds de commerce avec dédit.

SECTION II

Nature juridique des promesses de vente avec dédit

Comme nous le savons, promettant et bénéficiaire stipulent très fréquemment une clause de dédit, dont il convient de préciser l'influence sur la nature juridique des promesses unilatérales et synallagmatiques de vente de fonds de commerce.

I — NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES UNILATERALES AVEC DEDIT

Pour fixer les idées, nous pouvons schématiser de la façon suivante le libellé d'une promesse unilatérale avec « dédit » : « M. X... promet de vendre son fonds de commerce, sis à ... rue ... n° ... connu sous l'enseigne de ... à M. Y... qui se réserve la faculté de l'acquérir jusqu'au M. X... stipule à son profit une faculté de dédit, dont l'exercice l'obligera à abandonner à M. Y... une somme de à titre d'indemnité compensatrice. La dite promesse est consentie à M. Y... moyennant un prix de, versé ce jour entre les mains de Z... (intermédiaire) et qui s'imputera sur le prix de vente du fonds en cas de levée d'option ».

En principe, et sauf disposition contraire introduite dans la convention, le promettant ne peut se dégager de sa promesse après la manifestation par le bénéficiaire de son intention d'acquérir le fonds (2). Pour dissiper toute équivoque sur ce point, les rédacteurs de promesses indiqueront utilement dans l'acte jusqu'à quelle époque le propriétaire du fonds pourra user de la faculté de dédit. Deux variantes sont concevables.

(1) Voir Req. 12 nov. 1928 D.H. 1928.576

(2) Voir Trib. civ. Seine 15 juin 1932 G.P. 1932.2.565

PREMIERE VARIANTE :

« Cette faculté de dédit pourra être exercée uniquement avant la levée d'option du bénéficiaire qui entraînera formation d'une vente ferme ».

SECONDE VARIANTE :

« Cette faculté de dédit pourra être exercée au plus tard quinze jours après la déclaration de levée d'option du bénéficiaire ».

Cette variante est valable. Elle a pour effet de substituer à une promesse unilatérale avec « dédit », dès la manifestation par le bénéficiaire de sa volonté d'acquiescer, une promesse synallagmatique, dans laquelle la clause de dédit est valablement insérée (1).

Ainsi schématisée, la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce avec dédit possède, selon nous, la nature juridique d'une promesse unilatérale conditionnelle, distincte du pacte de préférence.

A) — PROMESSE UNILATERALE CONDITIONNELLE :

La stipulation du dédit dans une promesse unilatérale de vente a pour effet d'affecter la promesse d'une condition suspensive simplement potestative. Le promettant s'engage à vendre son fonds de commerce au bénéficiaire, sous condition de ne pas recourir à la faculté de dédit en abandonnant une somme d'argent prévue au contrat. La promesse unilatérale de vente de fonds de commerce avec dédit constitue donc une promesse unilatérale conditionnelle que l'on risque de confondre avec le pacte de préférence, si l'on ne procède pas à une analyse comparative minutieuse de ces deux conventions.

B) — COMPARAISON AVEC LE PACTE DE PREFERENCE :

Les auteurs (2) considèrent le pacte de préférence comme une promesse unilatérale conditionnelle. Y aurait-il par suite synonymie entre la promesse unilatérale avec « dédit » et le pacte de préférence ?

Le pacte de préférence est un contrat par lequel une personne s'engage, pour le cas où elle se déciderait à vendre, à accorder la préférence à une autre personne, si toutefois celle-ci lui offrait un prix aussi élevé qu'un tiers désireux d'acquiescer le bien, objet de la convention.

Dans le pacte de préférence, le propriétaire ne s'engage pas à vendre, car il n'y est pas encore décidé. La formation de la vente est donc subordonnée à une double déclaration de volonté : l'une du propriétaire du fonds qui se détermine à céder son établissement, l'autre du bénéficiaire du pacte, qui consent à offrir le même prix qu'un tiers

(1) Voir Lyon 6 déc. 1928 M.J.L. 28 juin 1929 ; R.F.C. 1937.553 — en sens contraire Boe, note sous Req. 23 nov. 1942 J.C.P. éd. not. 1943.2.2175

(2) Becqué, note sous Aix 20 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5501 ; Nouveau code de commerce annoté t. II p. 379 n° 368 et suiv. ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 184 ; R.F.D. t. XII v° vente n° 280

candidat à l'acquisition (1). On aperçoit, par conséquent, immédiatement la différence qui existe entre la promesse unilatérale avec « dédit » et le pacte de préférence. Dans la première, le propriétaire s'oblige à vendre sous réserve du droit de se départir de son engagement. Dans le second, on ne décèle aucune obligation de ce genre. Malgré la stipulation du dédit qui affecte la convention d'un élément conditionnel, la promesse unilatérale avec dédit ne dégénère pas en acte de préférence. Elle conserve sa nature juridique propre : celle d'une promesse unilatérale conditionnelle.

II — NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES SYNALLAGMATIQUES AVEC DÉDIT

Les promesses synallagmatiques avec dédit peuvent être rédigées de différentes manières. Nous nous contenterons d'en indiquer deux variantes majeures, qui ne provoquent aucune disparité de nature entre les deux types de convention.

PREMIERE VARIANTE :

« M. X... promet de vendre son fonds de commerce de sis à rue n° connu sous l'enseigne de à M. Y... qui promet de l'acquérir. La prise de possession est fixée au... Celle des parties qui n'exécuterait pas ses engagements devrait verser à l'autre une somme de à titre de dédit forfaitaire et irréductible. Y... s'engage à verser immédiatement en dépôt entre les mains de Z... (intermédiaire à la vente) le montant du dédit éventuel. Si la promesse de vente se réalise, la dite somme s'imputera sur le prix de vente du fonds de commerce ». Cette première variante constitue le type de la promesse synallagmatique de vente avec dédit. On doit y assimiler, d'après nous, cette autre formule que nous résumons ci-après :

SECONDE VARIANTE :

« M. X... vend son fonds de commerce de sis à rue n° connu sous l'enseigne de à M. Y... qui promet de l'acquérir et d'en prendre possession le M. Y... s'engage à verser immédiatement en dépôt entre les mains de Z... (intermédiaire à la vente) la somme de, à titre de dédit forfaitaire et irréductible. S. M. X... n'exécute pas ses engagements, il devrait verser une somme identique de à titre de dédit forfaitaire et irréductible. Si la vente se réalise, la somme de versée entre les mains de Z... par Y... s'imputera sur le prix de vente du fonds de commerce ».

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon le 12 octobre 1937 (2) analyse ce type de contrat en un « véritable acte de vente ». Cette convention n'est cependant point une vente ferme en raison de la stipulation du dédit et nous allons tenter de démontrer, en recherchant

(1) Dans le même sens Voirin : Le pacte de préférence J.C.P. éd. not 1954.1.1192

(2) R.F.C. 1937.553.

la nature juridique des promesses synallagmatiques avec dédit, qu'il existe une parité complète entre les deux variantes schématisées.

La doctrine et la jurisprudence ne font point preuve d'unanimité lorsqu'il s'agit de préciser la nature juridique des promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce avec dédit. Quatre systèmes sont soutenus sur ce point. Certains considèrent notre convention comme une vente immédiate, d'autres comme un contrat générateur d'obligations alternatives, d'autres encore comme un contrat générateur d'obligations facultatives, d'autres enfin comme une vente sous condition suspensive.

A) — VENTE IMMEDIATE :

Le système de la vente immédiate est fondée sur l'article 1589 du Code civil et sur une analyse particulière du dédit. Pour les tenants de ce système, le dédit possède la nature juridique d'une faculté de résiliation unilatérale ou d'une condition résolutoire. La promesse synallagmatique de vente avec dédit engendrerait donc une vente immédiate, susceptible d'être résiliée par la volonté d'une seule partie (1) ou de disparaître par suite de l'avènement de la condition résolutoire. La propriété et les risques passeraient, dès le jour de la conclusion de la promesse, sur la tête du bénéficiaire. Cette opinion est parfois adoptée par les tribunaux (2).

Nous avons signalé plus haut (3) ce que nous pensons du dédit interprété comme une faculté de résiliation unilatérale. Nous avons indiqué également (4) qu'une stipulation expresse dans la convention nous semblait indispensable pour attribuer au dédit le caractère d'une condition résolutoire. La promesse synallagmatique de vente avec dédit ne vaudra donc vente immédiate et n'entraînera transfert instantané de la propriété que si les contractants manifestent une volonté conforme sur ce point. En l'absence d'une disposition formelle, le système de la vente immédiate se heurte à un argument psychologique : bien souvent les parties entendent différer la transmission de la propriété jusqu'au jour de la prise de possession.

B) — CONTRAT GENERATEUR D'OBLIGATIONS ALTERNATIVES :

Certains auteurs (5) estiment que chacune des parties à une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce avec dédit doit choisir entre les deux éléments d'une alternative. Le bénéficiaire aurait à opter entre la prise de possession du fonds et le paiement du dédit, le promettant entre la livraison de son établissement et le versement de l'indemnité. Pour cette raison, la promesse synallagmatique

(1) Redouin p. 158

(2) Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55 - comp. Trib. com. Lyon 5 nov. 1928 G.J.C.L. 1929.107 ; Trib. com. Marseille 18 déc. 1935 J. Marseille 1936.2.263 ; Lyon 13 avr. 1942 G.J.C.L. 1942.171

(3) Voir p. 61 et 62.

(4) P. 62 et 63.

(5) Génin et Prugnard p. 32 n° 17 ; Viatte J. not. 1950 art. 43216 — dans le même sens Colmar 27 oct. 1931 R.J.A.L. 1932.101.

de vente avec dédit apparaît à ces auteurs comme un contrat générateur d'obligations alternatives. Il en découlerait que le transfert de propriété s'effectuerait rétroactivement au jour de la conclusion du contrat (1). La Cour d'appel de Colmar (2) dans un arrêt rendu le 27 octobre 1931, se rallie à ce système et juge que la promesse de vente engendre à la charge du bénéficiaire « l'obligation alternative, librement et valablement consentie, soit de se rendre acquéreur du fonds pour le premier décembre 1929, soit d'abandonner aux époux W..., à titre de dédit, la somme de 10.000 francs ».

Cette opinion ne saurait être retenue. L'alternative n'existe qu'en apparence, mais non en droit. Dans l'obligation alternative, les deux choses sont dues. Si je m'engage à vous vendre mon fonds de commerce ou mon immeuble, ces deux éléments sont in obligatione. Dans la promesse synallagmatique de vente avec dédit, une seule chose est due : le promettant doit livrer le fonds et le bénéficiaire en payer le prix. La disparition par cas fortuit d'une chose ne libère pas le débiteur d'une obligation alternative, qui demeure tenu de livrer l'autre. Au contraire, si le fonds de commerce, objet de la promesse synallagmatique de vente avec dédit, périt par force majeure, le promettant est libéré et n'est pas contraint de verser l'indemnité. Ce second système est donc spécieux et doit être rejeté (3).

C) — CONTRAT GÉNÉRATEUR D'OBLIGATIONS FACULTATIVES :

Conscientes du caractère accessoire du dédit, des juridictions soutiennent un troisième système : celui du contrat générateur d'obligations facultatives. D'après cette opinion, chaque contractant serait débiteur d'une obligation principale, mais disposerait d'une faculté de paiement : le versement du dédit. En raison de cette faculté de paiement, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce avec dédit s'analyserait en un contrat générateur d'obligations facultatives. La Cour d'appel d'Angers (4) se rallie à cette thèse dans un arrêt rendu le 11 avril 1951 : « Attendu que l'obligation contractée par les vendeurs dans les termes ci-dessus rappelés a le caractère de l'obligation dite facultative ; que l'engagement a un objet principal qui est le transfert de propriété de la chose vendue, que le dédit n'est qu'un moyen subsidiaire de se libérer accordé aux vendeurs, lesquels ont la faculté de payer 50.000 francs au lieu de livrer la chose vendue ».

L'analogie entre promesse synallagmatique de vente avec dédit et contrat générateur d'obligations facultatives est cependant illusoire (5). Le débiteur qui recourt à la faculté de paiement ne fait

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 678

(2) R.J.A.L. 1932.101 — dans le même sens Trib. civ. Seine 19 oct. 1957 G.P. 15-18 2. 1958.

(3) Dans le même sens Cohen n° 194 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. ce c. fasc. PI n° 93 ; Redoulin p. 150

(4) Angers 11 avr. 1951 J.C.P. 1951.2.6615 note Emile Becqué — dans le même sens Trib. com. Versailles 23 janv. 1937 G.P. 1937.1.598.

(5) Redoulin p. 151

qu'exécuter le contrat. La partie à la promesse synallagmatique de vente avec dédit qui fait usage de la faculté de repentir provoque l'anéantissement de la convention. Il est donc impossible d'analyser la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce avec dédit en un contrat générateur d'obligations facultatives.

D) — VENTE SOUS CONDITION SUSPENSIVE :

Selon nous, la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce avec dédit possède la nature juridique d'une vente conclue sous condition suspensive du non-recours à la faculté de dédit (1). En faveur de ce système, on peut invoquer l'article 1589 du Code civil, en vertu duquel la promesse de vente vaut vente. La promesse synallagmatique de vente sous condition vaut donc vente conditionnelle. Sauf stipulation contraire dans la convention, on doit estimer que le dédit est de caractère suspensif. Le promettant reste en possession du fonds de commerce. Les parties préfèrent que le transfert de propriété se réalise le jour de la délivrance et écartent l'effet rétroactif attaché à la condition suspensive par une clause contractuelle. Si l'un des contractants se ravise, l'avènement de la condition devient irréalisable et la vente ne sera jamais conclue. Le promettant n'aura jamais cessé d'être propriétaire. Lorsque la promesse n'est pas suivie de livraison immédiate, il vaut mieux interpréter le dédit comme une condition suspensive, sauf disposition contraire.

Voilà pourquoi les deux variantes que nous avons indiquées au début de ce paragraphe nous paraissent de nature identique. Que je promette de vous vendre un fonds de commerce sous réserve de dédit ou que je vous le vende sous la même réserve, dans les deux cas je conclus avec vous une vente sous condition suspensive (2).

(1) Dans le même sens Cohen n° 194 ; Civ. 24 nov. 1954 D.S. (S) 1955.35

(2) Dans le même sens Cohen n° 195 — en sens contraire Trib. com. Seine 13 mai 1936 G.P. 1936.2.229

CHAPITRE VI

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE CLAUSES INSPIRÉES PAR LA PRUDENCE

Certaines promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce sont influencées par la prudence. Ce sont celles dans lesquelles les parties insèrent, soit une clause de rédaction d'acte définitif, soit une clause de paiement du prix. En formulant de telles stipulations dans leurs conventions, les contractants entendent se procurer un instrument de preuve plus complet que le simple acte de promesse de vente, ou bien le promettant désire se mettre à l'abri de l'insolvabilité du bénéficiaire. Pour déterminer la nature juridique de ces promesses, il est indispensable de rechercher d'abord la nature juridique des clauses relatives à l'établissement d'acte définitif ou au paiement du prix.

SECTION I

Nature juridique des clauses inspirées par la prudence

I — NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE DE REDACTION D'ACTE DÉFINITIF

La nature juridique de la clause de rédaction d'acte définitif est commandée par l'intention des parties, qui doit apparaître sans équivoque dans le libellé de la stipulation et qui, en cas de litige, est souverainement interprétée par les tribunaux. La signature des actes définitifs constitue, soit une modalité d'exécution, soit une condition suspendant la réalisation de la promesse de vente.

Par la clause de rédaction d'acte définitif, les contractants veulent assez souvent se réserver une preuve plus complète et plus sûre de leur convention. Ils promettent de collaborer à l'établissement ultérieur des actes de cession et souscrivent une obligation de faire (1), qui constitue un effet supplémentaire de la vente créé par l'accord du promettant et du bénéficiaire. La rédaction des actes définitifs s'analyse, dans cette occurrence, en une simple modalité d'exécution d'une vente déjà formée. La jurisprudence est fixée en ce sens (2).

Parfois, en introduisant la clause de rédaction d'acte définitif dans la promesse de vente, les parties entendent subordonner l'exécu-

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 828 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 notes 18 à 20

(2) Req. 10 mars 1868 D.P. 1869.1.145 ; 26 mars 1884 D.P. 1884.1.404 ; Alger 12 nov. 1885 D.P. 1886.2.161 ; Trib. civ. Lisieux 4 déc. 1930 G.P. 1931.1. 385 ; Aix 14 déc. 1937 R. dr. fr. 1938.28 ; Nancy 21 nov. 1938 D.H. 1939.75 ; Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55 ; Civ. 13 juin 1956 Bull. cass. 1956.1.192

tion du contrat à la signature effective de l'acte de cession. Dans ce cas, la clause possède la nature juridique d'une condition suspensive (1). Les contractants doivent exprimer clairement leur intention sur ce point. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (2) rappelle ces exigences dans un arrêt du 4 mai 1938 : « L'énonciation dans un acte de vente sous seing privé, portant accord du vendeur sur la chose et sur le prix, qu'un acte notarié serait ultérieurement dressé n'a pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement soit des termes de la convention, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties ». Lorsque la clause est précise et démontre nettement l'intention du promettant et du bénéficiaire de la considérer comme une condition suspensive, les tribunaux ne peuvent dénaturer la signification de la stipulation (3). Certains auteurs (4) estiment que la clause de rédaction d'acte définitif serait illicite en vertu des prescriptions de l'article 1174 du Code civil. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (5) soutient une opinion opposée : « Attendu que si, en règle générale, l'énonciation dans un acte de vente verbale ou sous seing privé, qu'il sera ultérieurement converti en acte authentique, n'empêche pas la vente d'être parfaite, il en est autrement lorsque la vente est subordonnée à cette condition ; que, dans ce cas, les effets du contrat restent suspendus jusqu'à ce qu'elle soit réalisée ». Nous nous rallions volontiers au système défendu par la Cour suprême. La clause de rédaction d'acte définitif doit être analysée, selon nous, en une condition mixte, car l'établissement de l'acte de vente exige la collaboration des deux parties. L'avènement de la condition suppose donc qu'à la volonté de l'un des contractants se joigne la volonté de l'autre (6).

La clause de rédaction d'acte définitif, insérée dans une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce, constitue, par conséquent, soit une modalité d'exécution, soit une condition suspensive. La stipulation d'un dédit n'a point pour effet de modifier la nature juridique de cette clause et, en particulier, de lui imprimer automatiquement un caractère conditionnel. Le refus de signer l'acte définitif matérialise l'intention de se dédire.

II — NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE DE PAIEMENT DU PRIX

La prudence conduit aussi les contractants à insérer dans la promesse de vente une clause relative au paiement du prix du fonds de commerce. Cette clause prévoit la façon dont le bénéficiaire devra s'acquitter de sa dette, indique la fraction du prix à verser comptant

(1) Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 note 44

(2) D.H. 1936.313, Paris 1 déc. 1938 R.F.C. 1939.58

(3) Aix 15 juin 1943 J.C.P. éd. not. 1944.2.2668 note Boe

(4) Cohen n° 196 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel p. 14 note 1 ; J.C.C. fasc. VII p. 25 — en sens contraire Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 note 44

(5) 24 févr. 1896 D.P. 1897.1.33 - Tribunal civil Lorient 27 févr. 1896 D.P. 1899.2.266

(6) Art. précité J.C.P. éd. not. 1953.1.1135

le jour de la prise de possession et la manière dont le reliquat sera réglé. La nature juridique de cette clause dépend de l'intention des parties et est interprétée en cas de contestation par les juges du fait.

Souvent, cette clause fixe une modalité de paiement (1), détermine l'importance du versement comptant, le quantum, l'échéance et le règlement anticipé des billets de fonds émis en représentation du solde du prix. Cette stipulation est indispensable, quand les parties veulent déroger aux règles supplétives du droit commun. Son inexécution entraîne la résolution de la promesse à condition que le vendeur ait pris soin de se réserver le bénéfice de l'action en résolution pour non-paiement du prix et de le faire inscrire sur le registre du commerce.

Parfois, la clause de paiement du prix doit être interprétée comme une condition suspensive. Le paiement comptant de tout ou fraction du prix constitue l'événement qui tient en suspens l'exécution de la promesse de vente. Les parties ont le plus grand intérêt à s'expliquer avec netteté sur la portée qu'elles entendent attribuer à la clause. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (2) estime, en effet, que « l'indication dans un acte de promesse de vente que le règlement de ces modalités de paiement devra avoir lieu lors de la réalisation de cette promesse, ne peut constituer une condition à laquelle aurait été subordonnée la perfection de la vente que s'il résulte clairement, soit de l'acte lui-même, soit des circonstances que telle a été la volonté des parties ». La condition suspensive, découlant d'une clause claire et précise, ne peut être tenue pour nulle en raison de l'article 1174 du Code civil. De même que la clause de rédaction d'acte définitif, la clause de paiement du prix donne naissance à une condition mixte, mais non à une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige. Devant la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, un demandeur se plaignait de ce que « l'arrêt attaqué s'était refusé à donner effet à une vente parfaite, les parties étant d'accord sur la chose et sur le prix, sous prétexte que la perfection de la dite vente était subordonnée au versement du prix dans un certain délai ». Après avoir constaté que « la condition suspensive mise à la dite vente avait empêché qu'elle fut parfaite », la Cour suprême (3) rejette le pourvoi, et se prononce ainsi en faveur de la licéité de la clause analysée en une condition suspensive. Elle considère donc sans fondement l'argument exposé dans le mémoire du demandeur, selon lequel « la réalisation d'un contrat ne peut dépendre d'une condition inhérente à l'un de ses éléments essentiels ». Constitue, en effet, la condition suspensive non pas l'obligation de payer le prix, effet essentiel du contrat, mais l'exécution matérielle de cette obliga-

(1) Trib. com. Lyon 5 nov. 1928 G.J.C.L. 1929. 107

(2) 20 janv. 1941 D.C. 1942.155, note Maquet

(3) Req. 22 mars 1905 S. 1905.1.264 — dans le même sens 2 juill. 1918 S. 1918.1.204 ; Civ. 28 mars 1934 D.P. 1934.1.151 note Vandamme, Paris 4 nov. 1953 J.C.P. éd. not. 1953.2.7881 note Cabrillac

tion (1). Par arrêt rendu le 4 novembre 1953, la Cour d'appel de Paris (2) statue également dans le sens de la licéité de la clause conditionnelle de paiement du prix.

SECTION II

Influence des clauses sur la nature juridique des promesses de vente

Les clauses que nous venons d'étudier : clauses de rédaction d'acte définitif et clauses de paiement du prix, exercent une influence notable sur la nature juridique des promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce dans lesquelles elles sont insérées. Pour certains, le contrat conclu demeure une promesse de vente. D'après d'autres, il constitue une vente ferme ou conditionnelle. Le problème diffère, selon que la clause introduite dans la promesse est relative à l'établissement des actes définitifs ou au paiement du prix.

I — NATURE JURIDIQUE DE LA PROMESSE DE VENTE PREALABLE

La promesse synallagmatique préalable à la rédaction des actes définitifs, qui peuvent revêtir indifféremment la forme authentique ou sous seing privé, est analysée tantôt en simple engagement de faire, tantôt en vente ferme, tantôt en vente conditionnelle.

Quelques auteurs (3) sont d'accord pour considérer la promesse de vente préalable comme un contrat générateur d'un engagement de faire. Lorsque les parties prévoient dans leur accord la rédaction ultérieure d'acte définitif, elles concluent, soutient-on, une promesse synallagmatique autonome, non équipollente à la vente. Elles donnent leur consentement à la cession future, mais décident d'en subordonner la formation à l'accomplissement d'un fait dépendant de leurs deux volontés : la collaboration à l'établissement de l'acte de vente (4).

Cette analyse ne nous semble pas convaincante. Nous ne pouvons admettre la licéité de cet engagement de faire dont l'objet est de déclancher la formation du contrat de vente. Il nous paraît difficile de prétendre que promettant et bénéficiaire conviennent de la cession et décident au même instant d'en différer la conclusion. Un tel accord engendrerait une obligation de contracter, nulle en tant que telle. Si les contractants désirent vraiment retarder l'exécution de la vente, il leur est loisible de subordonner les effets de leur convention à

(1) Note Vandamme sous Civ. 28 mars 1934 D.P. 1934.1.151

(2) J.C.P. éd. not. 1953.2.7881 note Cabrillac — dans le même sens Civ. 15 févr. 1957 D. 1957.291

(3) Boyer Rev. trim. 1949 p 1 et suiv. ; Cohen n° 196 ; Fréjaville note D.C. 1944.37 ; F. Montier note R.F.C. 1938.37 et note D.P. 1938.2.32

(4) Boyer Rev. trim. 1949 p 1 et suiv.

l'avènement d'une condition suspensive, par exemple la rédaction des actes définitifs. Cette thèse de l'engagement de faire effective, à notre avis, la fusion du système de la vente ferme et de celui de la vente conditionnelle.

Il est possible, en effet, que la promesse de vente préalable ait la nature juridique d'une vente ferme. Le cas se produit lorsque les parties confèrent à la clause de rédaction d'acte définitif le caractère d'une modalité d'exécution destinée à leur procurer une preuve plus complète de leur convention. En vertu de la maxime exposée par l'article 1589 du Code civil, la promesse synallagmatique de vente vaut vente. L'acte préalable doit donc être rédigé d'une façon minutieuse, remplir toutes les conditions de validité de la cession, contenir toutes les clauses exorbitantes du droit commun et indiquer le prix de vente réel du fonds de commerce même dans l'hypothèse où les contractants projettent une dissimulation afin d'acquitter des droits d'enregistrement moins élevés. Quand la promesse préalable possède ainsi la nature juridique d'une vente ferme, il est exact d'affirmer que la collaboration à la rédaction de l'acte de vente constitue pour chaque partie une obligation de faire. Mais cette dernière forme (1), selon nous, un effet conventionnel d'une vente déjà conclue et ne suspend nullement la formation du contrat de cession, à défaut d'une stipulation expresse en sens contraire (2).

En effet, promettant et bénéficiaire sont en droit de suspendre l'exécution de la vente à la rédaction des actes définitifs, mais ils doivent exprimer clairement leur intention sur ce point (3). La promesse préalable possède alors la nature juridique d'une vente conditionnelle. La jurisprudence se rallie à ce système (4).

Ainsi donc, la nature juridique de la clause de rédaction d'acte définitif entraîne celle de la promesse. La clause équivaut-elle à une simple modalité d'exécution, la promesse a la nature d'une vente ferme. La clause énonce-t-elle une condition suspensive, la promesse est équipollente à une vente conditionnelle.

II — NATURE JURIDIQUE DE LA PROMESSE AVEC CLAUSE DE PAIEMENT

Nous avons montré dans la section précédente que la clause de paiement du prix constituait, soit une modalité de règlement, soit une condition suspensive. Cette clause exerce une influence décisive

(1) P. 37 et 38

(2) Req. 10 mars 1868 D.P. 1869.1.145 ; 26 mars 1884 D.P. 1884.1.404 et S. 1886.1.341 ; Civ. 9 déc. 1930 D.P. 1931.1.118 ; Req. 4 mai 1936 D.H. 1936.313 ; Nancy 21 nov. 1938 D.P. 1939.75 ; Req. 3 janv. 1939 D.H. 1939.149 ; 20 janv. 1941 D.C. 1942.155 ; Aix 15 juin 1943 J.C.P. éd. not. 1944.2.2668 note Boe ; Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55

(3) Req. 3 janv. 1939 D.H. 1939.149

(4) Req. 24 févr. 1896 D.P. 1897.1.33 ; Paris 1^{er} déc. 1938 R.F.C. 1939.58 ; Civ. 1^{er} juill. 1947 S. 1950.1.97 note Tirlemont

sur la nature juridique de la promesse de vente qui la contient. Lorsqu'elle équivaut à une simple modalité de règlement, la promesse synallagmatique conserve le caractère d'une vente ferme (1). Si la clause a la valeur d'une condition suspensive affectant l'exécution du contrat, la promesse est, dans ce cas, équivalente à la vente conditionnelle (2). L'avènement de la condition est constatée dans l'acte définitif.

(1) Req. 20 janv. 1941 D.C. 1942.155 note Maguet

(2) Civ. 28 mars 1934 D.P. 1934.1.151 note Vandamme

SECONDE PARTIE

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE VII

CONDITIONS DE FORME

Les conditions de forme des promesses de vente de fonds de commerce sont sujettes à controverse et soulèvent deux problèmes épineux : celui de la nécessité d'un acte écrit et celui de l'application des articles 1325 et 1326 du Code civil.

Une promesse de vente de fonds de commerce peut-elle être conclue verbalement ? Ne doit-elle pas revêtir la forme d'un acte écrit ? A première vue, la solution paraît dépendre du caractère civil 1935 : « Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce est un contrat commercial, la promesse verbale semble valable en raison du principe de la liberté des preuves formulé par l'article 109 du Code de commerce. Si, au contraire, la promesse est une convention civile, un acte écrit est indispensable « ad probationem » en vertu de l'article 1341 du Code civil. Il faut donc trancher une question préjudicielle : celle du caractère civil ou commercial des promesses de vente.

Néanmoins, l'étude de cette question préalable ne peut, à elle seule, élucider le problème de la nécessité d'un acte écrit. Supposons que les promesses de vente de fonds de commerce constituent des contrats commerciaux. Au principe de la liberté des preuves s'opposent les règles de droit stipulées par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 : « Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat... le vendeur est tenu d'énoncer... » un certain nombre de renseignements. Cet article n'exige-t-il pas la rédaction d'un acte écrit ? Ne fait-il pas exception au principe exprimé par l'article 109 du Code de commerce ? Nous tenterons de démontrer dans la deuxième section que les promesses de vente de fonds de commerce peuvent être conclues par simple accord verbal.

Cependant, en raison des dangers de la promesse verbale, les parties constatent fréquemment leur accord par écrit. En conséquence, un autre problème de forme surgit : celui de l'application des articles

1325 et 1326 du Code civil. Devra-t-on dresser autant d'exemplaires de l'acte qu'il y a de parties intéressées au contrat et se conformer à la formalité du « bon pour » ou « approuvé » ?

SECTION I

Du caractère civil ou commercial des promesses de vente de fonds de commerce

Les promesses de vente de fonds de commerce sont-elles des conventions civiles ou commerciales ? Les auteurs sont, en général, très brefs sur ce point. Pour M. Cohen (1), « la vente d'un fonds de commerce constituant, en règle générale, un acte de commerce pour les deux parties, imprime sa commercialité aux conventions qui en sont le préliminaire et s'y rattachent étroitement ». D'après M. Vencent (2), « toutes les décisions judiciaires sont unanimes pour considérer que le compromis (sic) entre dans la catégorie des actes de commerce ».

La jurisprudence est, en réalité, moins affirmative que ne le pense M. Vencent. Evidemment, elle considère la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce comme une convention commerciale. Par contre, elle est beaucoup moins nette quant à la commercialité de la promesse unilatérale.

I — DE LA COMMERCIALITE DES PROMESSES SYNALLAGMATIQUES DE VENTE

Nous avons montré (3), dans la première partie, que la promesse synallagmatique était équivalente à la vente ferme ou sous condition. Donc, cette convention aura le même caractère, civil ou commercial, que la cession d'un fonds de commerce.

Dans une première phase (1861-1905), la jurisprudence (4) a soutenu que la vente d'un fonds de commerce n'était point un acte de commerce. Ce contrat ne figure point, en effet, dans la liste dressée par les articles 632 et 633 du Code de commerce. Il ne peut être, d'autre part, réputé commercial en vertu de la théorie de l'accessoire, puisque l'acheteur du fonds n'est point commerçant au moment de la conclusion de la vente.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 20 janvier 1905 (5), provoque un revirement de la jurisprudence et considère que l'« acquisi-

(1) Traité théorique et pratique des fonds de commerce n° 197 — dans le même sens Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 16

(2) P. 23

(3) P. 37.

(4) Req. 24 avr. 1861 D.P. 1861.1.256 : Paris 14 mars 1891 Gaz. Trib. com. 1892 p. 325

(5) D.P. 1905.2.45

tion d'un fonds de commerce constitue un acte de commerce », lorsqu'elle est « faite en vue de l'exploitation de ce fonds ». La Cour de cassation (1) est revenue, elle aussi, sur son opinion première et depuis lors ne s'est pas démentie. Il en résulte que la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce, comme la vente, est de nature commerciale, soit par accessoire, soit en raison de sa nature.

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce serait un contrat commercial, parce qu'elle constituerait le dernier acte du commerçant vendeur et le premier acte du commerçant acheteur. Elle serait donc un acte de commerce par accessoire, c'est-à-dire un acte civil par sa nature, mais commercial en raison de la personnalité des contractants, qui seraient négociants.

On connaît la genèse de la théorie des actes de commerce en vertu de l'accessoire dont nous exposons ici une application particulière. On oppose traditionnellement aux actes de commerce par nature les actes de commerce par accessoire (2). Les premiers sont dénombrés aux articles 632 et 633 du Code de commerce. Les seconds trouvent un appui dans l'article 638 alinéa 2 du Code de commerce : « Néanmoins, les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce ». On en déduit, par une interprétation large, une présomption de commercialité en vertu de laquelle tout contrat conclu par un commerçant dans l'exercice de sa profession est, en principe, de nature commerciale. C'est en se fondant sur cette présomption de commercialité que certains arrêts (3) ont reconnu à la vente et, par suite, à la promesse synallagmatique un caractère commercial. Il s'agit alors d'une commercialité par ricochet. On pose, en effet, comme prémisse, que les deux parties à la vente ou à la promesse bilatérale sont des négociants et on en conclut que le contrat est commercial par accessoire. La promesse synallagmatique ne serait-elle pas plutôt commerciale par nature ?

Cette opinion est soutenue par M. le doyen Ripert (4) et par M. Tunc (5). La promesse synallagmatique de vente serait un acte de commerce par sa nature, un acte essentiellement commercial, non seulement pour le vendeur, ce qui n'a jamais souffert de difficulté, mais aussi pour l'acheteur.

Cette thèse semble correspondre davantage à la réalité. En promettant d'acheter un fonds de commerce, le bénéficiaire de la

(1) Req. 12 déc. 1911 D.P. 1913.1.129 ; Req. 26 oct. 1921 D.P. 1921.1.253 ; Civ. 3 févr. 1930 D.P. 1932.1.28 ; Angers 22 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5554

(2) Escarra n° 80 ; Hamel et Lagarde n° 139 et suiv. ; Ripert n° 274 et suiv.

(3) Civ. 3 févr. 1930 D.P. 1932.1.28 — comp. Escarra n° 133 ; Hamel et Lagarde n° 175

(4) Ripert n° 308

(5) D. 1946. 233.

promesse acquiert un instrument de travail qui lui confère la qualité de commerçant. Par cet acte, il manifeste son intention de faire le négoce. Dès la conclusion de la promesse synallagmatique de vente, il est plongé dans l'ambiance spéciale du milieu des affaires, où l'appât du lucre est plus intense que partout ailleurs. La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce nous paraît donc un acte de commerce, non par accessoire, mais par nature. La cause de la commercialité de la convention n'est pas dans la qualité juridique des contractants, mais bien plutôt dans l'objet même du contrat. La promesse d'achat n'est pas commerciale parce que le bénéficiaire est commerçant. Le bénéficiaire est commerçant parce que la promesse d'achat est commerciale.

De toute manière, on s'accorde pour affirmer que la promesse synallagmatique de vente est de nature commerciale. On se demande, par contre, s'il en est de même des promesses unilatérales.

II — DE LA COMMERCIALITE DES PROMESSES UNILATERALES DE VENTE

Doit-on attribuer aux promesses unilatérales de vente le même caractère qu'aux promesses synallagmatiques ? Le problème est différent en raison de la simple faculté d'acquérir que se réserve le bénéficiaire d'une option.

A) — A L'EGARD DU PROMETTANT :

Nous retrouvons, en cette matière, les deux explications qui nous sont maintenant familières : commercialité par accessoire, commercialité par nature.

La promesse unilatérale de vente possède un caractère commercial à l'égard du promettant, car elle constitue un acte effectué par un négociant dans l'exercice de sa profession, donc un acte de commerce par accessoire, d'après la terminologie traditionnelle. En effet, le promettant est encore commerçant au moment où il signe la promesse unilatérale de vente. Il promet de vendre, certes, mais il ne vend pas, puisque le bénéficiaire n'a pas encore l'intention ferme d'acquérir. D'autre part, la promesse unilatérale de vente est un contrat qui se rattache d'une façon très étroite à la profession commerciale du promettant, puisqu'elle a pour objet la vente éventuelle du fonds de commerce. La présomption de commercialité joue ici sans contestation possible, si l'on adopte la théorie des actes de commerce par accessoire.

Le caractère commercial de l'engagement du promettant peut être également démontré par l'objet de la convention. La promesse unilatérale de vente est un contrat préparatoire dont le but est d'amener éventuellement la vente du fonds de commerce et qui doit être réputé commercial en raison de sa nature.

A l'égard du promettant, la promesse unilatérale de vente est, par conséquent, commerciale. En est-il de même à l'égard du bénéfici-

ciaire ? C'est là que se trouve la difficulté, inaperçue le plus souvent en doctrine et en jurisprudence.

B) — A L'ÉGARD DU BENEFICIAIRE :

Le problème est important : si la promesse unilatérale de vente est réputée acte civil pour le titulaire de l'option, elle doit alors être considérée comme un acte mixte avec toutes les conséquences qui en découlent tant au regard de la compétence qu'au point de vue de la preuve.

a) — Commercialité par accessoire :

Deux hypothèses sont à distinguer suivant que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente est déjà commerçant ou non.

Quand ce bénéficiaire exerce une profession commerciale au moment de la conclusion du contrat, désire étendre ou modifier son activité par l'acquisition d'un fonds de commerce et signe à cette fin une promesse unilatérale qui lui réserve la faculté d'acquérir un nouvel établissement, la commercialité de la convention nous paraît difficilement contestable. La promesse unilatérale de vente est alors, à l'égard du titulaire de l'option, un acte de commerce par accessoire, car elle se rattache à l'exercice de sa profession commerciale.

La commercialité de la promesse unilatérale de vente est plus délicate à établir dans le cas où le bénéficiaire n'est pas négociant. La doctrine traditionnelle est catégorique. A son avis, le contrat n'est pas commercial à l'égard du titulaire de l'option, parce que ce dernier n'est pas commerçant. Ce serait donc un acte mixte, commercial à l'égard du promettant et civil à l'égard du bénéficiaire. La doctrine moderne perfectionne la théorie des actes de commerce par accessoire à un point tel qu'il est permis de se demander si elle ne considérerait pas la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce comme un acte de commerce par accessoire. C'est ainsi que M. Hamel et M. Lagarde affirment « qu'il convient de reconnaître comme actes de commerce relatifs ceux qu'une personne fait avant d'exercer la profession commerciale, en vue de l'exercice prochain de cette profession, tel l'achat d'un fonds de commerce » (1). Selon nous, la promesse unilatérale de vente est, elle aussi, un de ces « actes qu'une personne fait avant d'exercer la profession commerciale en vue de l'exercice prochain de cette profession ».

N'est-il pas possible, par ailleurs, d'attribuer à cette promesse unilatérale un caractère commercial en raison de sa nature ?

b) — Commercialité par nature :

A notre avis, la nature de la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce prouve la commercialité de la convention. C'est un

(1) Hamel et Lagarde n° 176

contrat du milieu d'affaires (1), au même titre que la vente de fonds de commerce. On y vante les mérites de la chose à céder. On y poursuit la recherche du plus grand bénéfice possible. On y sonde la crédulité de l'autre partie et on en profite dans les limites de la légalité. Le climat psychologique est identique à celui d'une cession d'établissement commercial. Et cet argument crée une présomption en faveur de la commercialité de la promesse unilatérale. Il existe d'autres motifs. La promesse unilatérale détermine les conditions de validité de l'option, donc les conditions de formation d'un contrat commercial. Il serait paradoxal de reconnaître la commercialité de la vente et de méconnaître celle de la promesse. Cette dernière doit donc avoir le même caractère que la convention qu'elle prépare, c'est-à-dire le caractère commercial. Par ailleurs, la promesse unilatérale porte sur un fonds de commerce. Le bénéficiaire se réserve une simple faculté d'acquérir, c'est certain. Il est néanmoins quasi-obligé de devenir commerçant, s'il lève l'option, en raison de la réglementation de la location-gérance effectuée par la loi du 20 mars 1956 (2). Le législateur a voulu interdire aux spéculateurs l'investissement de leur fortune en fonds de commerce et, dans ce but, a disposé dans l'article 4 que « les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir été commerçants ou artisans pendant sept années ou avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique et avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance ». Le particulier non commerçant qui paraphe une promesse unilatérale de vente ne remplira jamais les conditions légales et ne pourra, en conséquence, lever l'option avec l'intention de confier ensuite la gestion de l'établissement à un gérant libre. L'article 5 de la loi précitée adoucit, il est vrai, quelque peu la sévérité de l'article 4 : « Le délai prévu par l'article 4 peut être supprimé ou réduit par ordonnance du président du tribunal civil rendue sur simple requête de l'intéressé, le ministère public entendu, notamment lorsque celui-ci justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés ». L'application d'une disposition très voisine insérée dans le décret du 22 septembre 1953 (3) a donné lieu à une abondante jurisprudence (4), qui conserve son intérêt pour la délimitation des pouvoirs du président du tribunal civil en cette matière. A notre avis, à moins de dénaturer l'esprit de la loi du 20 mars 1956, ce magistrat n'a pas à « supprimer ou réduire le délai prévu par l'article 4 » au profit d'une personne qui désire effectuer un placement de capitaux en fonds de commerce. Il en

(1) Comp. Hamel et Lagarde n° 144

(2) J.O. 21 mars 1956 p. 2703

(3) J.O. 23 sept. 1953 p. 8373

(4) Trib. civ. Villefranche-sur-Saône 30 nov. 1953 D. 1954.51 et J.C.P. 1954.2.7998 note Cohen ; Trib. civ. Briançon 5 janv. 1954 D. 1954.51 ; Trib. civ. Toulouse 22 févr. 1954 D. 1954.266 ; Trib. civ. Rouen 30 mars 1954 D. 1954.285 ; Trib. civ. Fontainebleau 31 mars 1954 D. 1954.414 ; Trib. civ. Valence 25 mai 1954 D. 1954.432 ; Colmar 8 juill. 1954 D. 1954.650 ; Trib. civ. Mende 22 juill. 1954 ; Trib. civ. Mont-de-Marsan 24 sept. 1954 ; Trib. civ. Saint-Malo 20 oct. 1954 J.C.P. 1955.2.8461 note Cohen

résulte que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce deviendra quasi-obligatoirement commerçant en cas de levée d'option, car il ne pourra recourir à la location-gérance. C'est donc un commerçant en puissance qui se réserve la faculté d'acquérir le fonds de commerce. La promesse unilatérale de vente nous paraît, en conséquence, de nature commerciale. A notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais posé d'une façon catégorique le principe de la commercialité de la promesse unilatérale de vente, qu'elle sous-entend mais ne démontre pas. Deux décisions judiciaires se prononcent sur ce point avec une prudente discrétion. Le tribunal de commerce du Havre (1) discute de la validité d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, s'estime donc implicitement compétent, mais n'indique nullement les raisons pour lesquelles il retient cette affaire. La Cour d'appel de Paris (2) dans son arrêt du 5 juillet 1951 procède de la même manière. Elle reconnaît que la promesse litigieuse est de nature unilatérale : « Il est exact que T... (bénéficiaire) restait libre de ne pas acquérir ». Se demandant si la convention devait être dressée en autant d'exemplaires que de parties intéressées, elle affirme que « l'article 1325 n'est pas applicable en matière commerciale ». On peut donc conclure que cette juridiction considère que la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est un contrat commercial.

Les promesses de vente de fonds de commerce, synallagmatiques ou unilatérales, sont donc de nature commerciale. Est-ce une raison suffisante pour ne pas les constater par écrit ?

SECTION II

Forme verbale ou forme écrite

D'après l'article 109 du Code de commerce, la preuve est libre en matière commerciale. N'est-il pas possible d'en déduire que les promesses verbales sont valables. ?

Cette thèse de la validité de la forme verbale a été soutenue avec juste raison sous l'empire de la loi du 17 mars 1909. Sans doute un écrit est-il exigé par l'article 1 de ce texte. Mais c'est uniquement pour la conservation du privilège du vendeur. Cette disposition ne porte pas atteinte au principe du consensualisme.

La loi du 29 juin 1935 accroît singulièrement la complexité du problème. Elle prévoit, en effet, dans son article 12, l'insertion obligatoire de certaines mentions dans tout acte de cession de fonds de commerce et nous tenterons de montrer que cette règle légale est de même applicable aux promesses de vente unilatérales ou synallagmatiques (3).

(1) Trib. com. Le Havre 27 juill. 1936 Rec. Hav. 1936.1.235

(2) Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227

(3) Voir pages 147 à 158.

Il en résulte donc que, si la loi du 29 juin 1935 commande la rédaction d'un acte écrit, ce commandement vaudra pour toutes les promesses de vente aussi bien que pour les ventes proprement dites.

Le problème est, par suite, aisé à circonscrire. Les promesses de vente doivent-elles être constatées par écrit ? Cette question, nous l'avouons, est délicate à résoudre. Nous avons nous-même changé d'opinion sur ce point et, après avoir fait nôtre la thèse formaliste qui proclame la nécessité d'un acte écrit, nous avons adopté finalement la thèse consensualiste qui soutient la validité des promesses verbales.

I — THESE FORMALISTE

La thèse formaliste est défendue par quelques auteurs (1) qui appuient leur argumentation sur l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 : « Dans tout *acte* constatant une cession amiable de fonds de commerce... le vendeur est tenu d'énoncer... » un certain nombre de mentions. Ce texte suppose donc, d'après les tenants de cette thèse, la rédaction d'un acte écrit, seule forme qui permette le respect de la disposition légale. La nullité prévue par l'article précité est sans doute relative, mais elle a uniquement pour but de sanctionner la violation d'une règle de fond, le défaut des énonciations prescrites dans un acte écrit. On ne peut, par conséquent, se fonder sur le caractère de cette nullité pour estimer que la promesse verbale est valable. En vérité, cette dernière est nulle d'une nullité absolue. Elle viole le principe formaliste de la nécessité d'un contrat écrit, exposé en termes implicites mais suffisants par l'article 12. La Cour d'appel de Lyon (2) semble se rallier à cette opinion, puisqu'elle déclare que « depuis la promulgation de la loi du 29 juin 1935, la vente du fonds de commerce a cessé d'être un contrat purement consensuel puisqu'il est soumis à la rédaction d'un acte comportant obligatoirement certains renseignements dont l'absence entraîne la nullité de la vente, nullité d'ailleurs relative puisque réservée à l'acheteur et soumise à l'appréciation des tribunaux ».

II — THESE CONSENSUALISTE

Pendant longtemps, la thèse formaliste que nous venons d'exposer nous a paru incontestable. Après mûres réflexions, nous sommes amené à repousser cette opinion séduisante et à partager l'avis de la doctrine dominante (3), fidèle à la thèse consensualiste. On avance en faveur de ce système un argument qui nous semble spécieux : celui de la nullité relative. On a raison, par contre, d'alléguer l'absence dans la loi du 29 juin 1935 d'une disposition expresse ordonnant le recours à la forme écrite. On aurait avantage également à se prévaloir des intentions des auteurs de la loi précitée.

(1) Demars et Perrot p. 73 ; Esmein Lois nouvelles 1935.1.200 ; Gabreau et Taillefer p. 45 ; Vencent p. 26

(2) Lyon 26 juill 1950 D. 1951.97 note Ripert

(3) Cohen n° 164 ; Demontès et Jauffret Cod. de comm. annoté t. I p. 427 n° 6 ; Escarra n° 257 ; Haas p. 33 ; J.C.C. fasc. VII n° 148 ; Montier p. 4 ; Ripert n° 504 et D. 1948.117 ; Rival Rep. com. 1939.1.145 ; Trasbot D. 1935.4.323 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216

A) — ARGUMENT DE LA NULLITE RELATIVE :

L'article 12 prévoit, pour sanctionner le défaut des mentions obligatoires dans un acte de cession de fonds de commerce, une action en nullité que l'acquéreur, seul, peut intenter et ce, dans un délai d'un an. La nullité est donc relative. Si la loi avait proclamé la nécessité du recours à la forme écrite, la nullité, soutient-on, aurait été absolue. Tout intéressé aurait pu s'en prévaloir. L'action, enfin, aurait été imprescriptible. La nullité absolue est, en effet, la sanction normale d'une règle de forme. Puisque la nullité est simplement relative, c'est donc que la loi tolère la forme verbale. Cet argument de la nullité relative est exposé par M. le doyen Ripert sous un arrêt de la Cour d'appel de Riom (1). On le retrouve également dans un jugement du tribunal de commerce de Marseille (2) : « Si l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 prescrit, sous peine de nullité, la mention de certains renseignements dans cet acte d'achat (de fonds de commerce), on ne peut en déduire qu'un écrit soit désormais indispensable à la validité de la vente, car la nullité prévue par cet article n'est que relative et ne peut être, d'autre part, invoquée que durant un an ». L'argument de la nullité relative est le pivot de la thèse consensualiste et c'est lui qui entraîne la conviction des auteurs et magistrats. Il nous semble néanmoins hors du débat.

En contraignant le promettant à insérer les mentions obligatoires dans la promesse de vente de fonds de commerce, le législateur a voulu que le bénéficiaire soit éclairé sur la valeur et les charges de l'établissement (3). L'article 12 énonce, par conséquent, une condition de validité quant au fond. Par analogie avec la sanction des vices du consentement du droit commun, la nullité devait être relative et ne pouvait être que relative. Si la nullité prévue par l'article précité était absolue, le but poursuivi par le législateur serait dépassé. Imaginons, en effet, qu'une promesse de vente écrite soit dépourvue d'une seule énonciation : celle du chiffre d'affaires, dont le bénéficiaire a eu connaissance au cours des pourparlers, ainsi que le révèle l'enquête. La nullité devrait être prononcée et cependant le consentement du bénéficiaire n'aurait pas été faussé. Un tel résultat serait contraire aux intentions des auteurs de la loi du 29 juin 1935. Il nous paraît donc impossible de se fonder sur la nullité relative édictée par l'article 12 pour préjuger le problème de la forme. Nous croyons découvrir dans les travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés (4) une confirmation de notre opinion. La Commission s'est intéressée, en effet, au droit des fonds de commerce et elle a entendu sur ce point un rapport de M. le professeur Plaisant. Dans l'avant-projet de loi relatif aux fonds de commerce, on lit à l'article 2 du chapitre I : « Toute vente ou promesse de vente de fonds de commerce doit être constatée par écrit.

(1) D. 1948. 117

(2) Trib. com. Marseille 7 juill. 1939 R.F.C. 1939.532

(3) Voir page 146 et 147

(4) T. III p. 429 et t. IV p. 409 à 411

sous peine de nullité ». La nécessité d'un acte écrit est donc proclamée en termes catégoriques. Le même article précise ensuite que tout acte constatant la vente ou la promesse de vente d'un fonds de commerce doit contenir un certain nombre d'énonciations, apparentées à celles de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, et il indique enfin dans son troisième alinéa que « l'omission des énonciations ci-dessus prescrites entraîne, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, la nullité de l'acte de vente ». Au cours des débats, « la Commission décide de rétablir le texte de 1935 prévoyant la possibilité d'une nullité ».

L'avant-projet de loi, modifié en commission plénière, édicte donc à la fois la nécessité d'un acte écrit sanctionnée par une nullité absolue et l'insertion de certains renseignements sanctionnée par une nullité relative. Par suite, les travaux de la Commission de réforme du Code de commerce démontrent, à notre avis, la parfaite compatibilité entre le recours obligatoire à la forme écrite et le caractère relatif de la nullité prévue par l'article 12. La conclusion, d'après nous, est nette : on ne peut arguer du caractère de la nullité édictée par l'article 12 pour trancher le problème de la forme et soutenir qu'un acte écrit n'est pas indispensable. La thèse consensualiste est ébranlée. Elle n'en demeure pas moins valable. On peut, en effet, la défendre en faisant tout d'abord remarquer que la loi du 29 juin 1935 ne contient aucune disposition expresse ordonnant la rédaction d'un acte écrit.

B) — ABSENCE DE DISPOSITION EXPRESSE :

Le principe de la liberté des formes, déclare-t-on, est fondamental. Seule une disposition expresse de la loi peut y faire exception. La loi du 29 juin 1935 n'en formule aucune. Par suite, il n'est nullement nécessaire de dresser un acte écrit. Cette opinion est partagée par la Cour d'appel de Riom dont l'arrêt indique que (1) « si le législateur, par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, a prescrit que tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce contiendrait certaines énonciations, il n'a pas expressément déclaré que les dispositions de l'article 109 du Code de commerce, aux termes duquel les ventes peuvent se constater par la preuve testimoniale, ne s'appliquent pas aux ventes de fonds de commerce ». Cette absence de disposition expresse prend toute sa signification quand on veut bien rechercher les intentions des auteurs de la loi du 29 juin 1935.

C) — LES INTENTIONS DU LEGISLATEUR :

Le législateur a voulu éclairer l'acquéreur ou bénéficiaire et, dans ce but, a prescrit l'énonciation de certaines mentions dans les actes de cession de fonds de commerce. Mais les auteurs de la loi n'ont point péché par formalisme et, dans leur esprit, il suffit que les indications énumérées par l'article 12 soient effectivement communiquées aux personnes intéressées. Cette largeur de vue explique le caractère facultatif

(1) Riom 23 juin 1947 D. 1948.117 — dans le même sens Trib. civ. Hazebrouck 25 oct. 1950 D. 1950.694

de la nullité prévue par l'alinéa final de l'article précité et l'absence dans la loi d'une disposition faisant exception au principe du consensualisme. Il est possible que les renseignements légaux soient fournis oralement. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à nullité de la convention, car le bénéficiaire a émis un consentement en pleine connaissance de cause (1).

Puisqu'un acte écrit n'est pas strictement nécessaire pour se conformer à la loi du 29 juin 1935, il faut en conclure, d'après nous, que cette loi n'a pas porté atteinte au principe de la liberté des formes et n'a pas commandé l'établissement d'un acte écrit en matière de vente et promesse de vente de fonds de commerce (2). Les promesses verbales demeurent donc valables quant à la forme et peuvent être prouvées par tous moyens.

SECTION III

De l'application des articles 1325 et 1326 du Code civil

Afin d'éviter les inconvénients inhérents à la forme verbale, les contractants usent souvent de la forme écrite. Doit-on alors établir autant d'exemplaires de la promesse de vente qu'il y a de parties intéressées au contrat, en vertu de l'article 1325 du Code civil ? Est-on, d'autre part, tenu de se soumettre à la formalité du « bon » ou « approuvé » édictée à l'article 1326 du même Code ? Nous consacrerons un paragraphe à l'examen de chacune de ces deux questions.

I — PROMESSE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE ET ARTICLE 1325

Le premier alinéa de l'article 1325 du Code civil est ainsi libellé : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Cette disposition, qui vise à assurer à chaque partie le respect de son droit et à prévenir les falsifications, concerne-t-elle les promesses de vente de fonds de commerce ?

Conformément à la lettre et à l'esprit du texte, l'article 1325 ne s'applique pas aux conventions unilatérales : aux promesses unilatérales de vente de fonds de commerce, qui se caractérisent par l'existence d'un seul rapport obligatoire. Par suite, il suffit que le bénéficiaire, unique créancier, détienne l'original du contrat. Seules les promesses synallagmatiques pourraient être assujetties à la formalité des doubles. Mais le principe de la liberté des preuves en matière commerciale exposé à l'article 109 du Code de commerce s'oppose, à notre sens, à l'application de l'article 1325 aux conven-

(1) Voir p. 180 et 181.

(2) Dans ce sens Civ. 22 déc. 1955 Bull. cass. 1955.3.317

tions commerciales. Le rythme des affaires se concilierait mal avec les dispositions de ce texte. D'autre part, les commerçants sont des personnes avisées, donc moins à protéger que les simples particuliers. Par conséquent, les promesses de vente de fonds de commerce, unilatérales ou synallagmatiques, dressées en un seul exemplaire sont parfaitement valables. Il convient d'ailleurs de remarquer qu'en matière civile l'article 1325 n'est pas applicable, quand l'original de l'acte est déposé entre les mains d'un tiers, qui n'a aucun intérêt à modifier les clauses contractuelles. La jurisprudence (1) est de cet avis et la doctrine (2) partage cette opinion. Conclusion : il peut être pratique et commode de remettre à chaque partie une copie du contrat, mais il n'est pas indispensable de le faire, parce que les promesses sont de nature commerciale. La doctrine (3) et la jurisprudence (4) dominantes se prononcent en ce sens. M. Archevêque soutient une opinion opposée. D'après cet auteur, la jurisprudence appliquerait l'article 1325 aux promesses de vente de fonds de commerce. Elle serait, en particulier, la thèse défendue par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 1846 (5). Cette décision doit être écartée du débat, car, dans l'affaire soumise à la Cour suprême, il ne s'agit pas d'une promesse de vente de fonds de commerce, convention commerciale, mais d'une promesse synallagmatique de vente d'immeubles, contrat civil. L'exception à la formalité des doubles, fondée sur la commercialité, était donc hors de question.

II — PROMESSE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE ET ARTICLE 1326

La formalité du « bon » ou « approuvé » concerne les seules conventions unilatérales (6), puisque l'article 1326 du Code civil envisage uniquement l'hypothèse d'un « billet » ou d'une « promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable ». Les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce, qui sont de nature commerciale, y échappent (7) néanmoins conformément à l'alinéa final du

(1) Angers 15 févr. 1933 D.P. 1933.1.670 ; Limoges 15 mai 1936 S. 1936.2. 123 ; Trib. com. Saint-Etienne 6 juill. 1939 R.F.C. 1939.527

(2) Cohen n° 197 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 735 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P1 n° 35 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 418 ; Planiol et Ripert t. VII par Esmein n° 1408 ; Vencent p. 21

(3) Chassagnade-Belmin J. not. art. 42508 ; Cohen n° 197 ; Haas p. 33 et suiv. ; J.C.C. fasc. VII n° 150 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P2 n° 14 ; Planiol et Ripert t. VII par Esmein n° 1467 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 16 ; Vencent p. 21 ; Viatte J. not. 1950 art. 43216 ; Archevêque : le droit et les affaires numéro du 17 mars 1937.

(4) Trib. com Lyon 30 sept. 1928 G.J.C.L. 1929.22 et 12 déc. 1941 G.J.C.L. 1942.57 ; Toulouse 5 mai 1947 J.C.P. 1948.2.4185 ; Trib. com. Seine 22 déc. 1949 D. 1950.308 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227 ; en sens contraire Lyon 10 mai 1938 R.F.C. 1938.437

(5) D.P. 1847.1.19

(6) Req. 3 mai 1886 D.P. 1887.1.16

(7) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 737 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 425 ; Planiol et Ripert t. VII par Esmein n° 1477 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 16

texte précité : « Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands... » En matière commerciale, c'est en effet le principe de la liberté des preuves qui domine (art. 109 C. de com.).

Nous avons ainsi achevé l'examen des conditions de validité quant à la forme des promesses de vente de fonds de commerce. Les conditions de validité quant au fond retiendront davantage notre attention.

CHAPITRE VIII

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE DROIT COMMUN

Comme nous le montrerons dans les quatre sections de ce chapitre, quatre conditions de fond de droit commun sont essentielles pour la validité des promesses de vente de fonds de commerce : consentement, capacité, objet et propriété. Nous ne traiterons pas de la cause, qui ne présente, en notre matière, aucune particularité marquante.

SECTION I

Conditions relatives au consentement

Un consentement libre est indispensable pour la validité de la promesse de vente de fonds de commerce. L'erreur, le dol et la violence sont, par suite, des causes d'annulation de la promesse, comme de toute autre convention. Nous les étudierons donc successivement et nous examinerons ensuite leur sanction : la nullité relative prévue par l'article 1304 du Code civil. Nous nous demanderons enfin si la loi du 29 juin 1935 autorise les parties à se plaindre encore d'un vice du consentement.

I — L'ERREUR DANS LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

L'erreur consiste dans le fait de se tromper, de croire ce qui n'est pas et de ne pas croire ce qui est. L'article 1110 du Code civil indique deux sortes d'erreur qui entraînent la nullité de la convention sur action de la victime : l'erreur sur la substance de la chose et l'erreur sur la personne.

A) — L'ERREUR SUR LA SUBSTANCE DE LA CHOSE :

Il est très difficile de définir la notion d'erreur sur la substance de la chose. L'expression est ambiguë et provoque la controverse. Qu'est-ce que la substance de la chose ? Est-ce l'ensemble des qualités spécifiques qui caractérisent la chose ? Notion objective qui pèche par absence de critérium. Est-ce l'ensemble des qualités substantielles de la chose qui déterminent les parties à contracter ? Notion subjective, plus satisfaisante selon nous. En effet, il appartient aux contractants de concentrer leur attention sur certaines qualités de la chose qui pénètrent alors dans le champ contractuel et deviennent substantielles. On conçoit qu'une erreur sur la substance de la chose, ainsi définie, soit une

cause d'annulation de la convention. A première vue, on pourrait considérer l'erreur sur la valeur d'un fonds de commerce comme une erreur sur la substance de la chose de nature à provoquer la nullité de la promesse de vente. Il s'agit, en réalité, d'une lésion (1), qui n'est pas retenue, en principe, comme cause de nullité dans les contrats entre majeurs. Il en est de même de l'erreur sur l'importance de la clientèle, du chiffre d'affaires ou des bénéfices. Dans les exemples suivants, il y a, par contre, erreur sur la substance de la chose et matière à annulation du contrat. Avant de se décider à conclure, le bénéficiaire de la promesse accorde une attention particulière à la durée du bail et au montant du loyer. Pendant la durée du bail, il est certain de ne pas être évincé de l'établissement commercial, s'il s'acquitte de ses obligations envers le propriétaire. C'est pour lui une précieuse garantie. S'il se trompe, par suite, sur la durée de ce bail, il y a erreur sur la substance de la chose, et la nullité de la promesse peut être prononcée. Le résultat est identique lorsque l'acquéreur éventuel commet une erreur sur le montant du loyer, car c'est une charge qui peut nuire à la prospérité du fonds de commerce. L'erreur sur la nature de l'établissement constitue de même une erreur sur la substance de la chose. Une personne désire acheter un fonds de commerce de café muni d'une licence de quatrième catégorie, qui l'autorisera à faire le négoce des boissons alcoolisées. On lui promet la vente d'un fonds de café, dont la licence lui permet la seule vente de boissons hygiéniques. Elle fait une erreur sur la substance de la chose (2).

B) — ERREUR SUR LA PERSONNE :

L'erreur sur la personne est une cause de nullité, quand la considération de la personnalité du contractant est la cause principale de la convention. A notre avis, la personnalité du bénéficiaire de la promesse de vente n'est pas indifférente au promettant, qui veut s'engager avec une partie solvable. L'erreur sur la personne de l'acheteur éventuel est donc une cause de nullité de la promesse. Le promettant croit contracter avec M. et Mme Z. Il prend l'amie pour l'épouse. Il commet une « erreur sur la personne réelle et juridique qui est une cause de nullité de la convention » (2).

II — LE DOL DANS LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

A) — DEFINITION :

L'erreur est le fait de se tromper. Le dol est le fait de tromper, mais d'une certaine manière, en recourant à des manœuvres : artifices, machinations, mensonges, réticences, promesses fallacieuses. Le concept de dol, en matière commerciale, est d'ailleurs plus étroit qu'en matière civile. On estime, en effet, qu'il est d'usage dans le commerce de tromper quelque peu son contractant, en lui vantant avec excès les avantages

(1) Lyon 25 juin 1932 S. 1933.2.20

(2) Lyon, 29 juin 1931 S. 1931.2.188

du fonds de commerce par exemple. Les juges tolèrent ces louanges erronées qui amènent la conclusion des contrats commerciaux. « Les simples déclarations mensongères sont insusceptibles, à elles seules, d'entraîner la nullité » (1) de la promesse de vente. C'est avec raison, car il s'agit là d'une coutume professionnelle et ces propos optimistes sur l'avenir de l'établissement que tiennent avec adresse vendeurs et intermédiaires au cours des pourparlers ne devraient troubler personne. Néanmoins, dans le cas où un contractant recourt à des manœuvres caractérisées pour tromper l'autre partie, la promesse de vente de fonds de commerce est annulée pour cause de dol.

B) — DOL PRINCIPAL ET DOL INCIDENT :

Pour qu'il y ait nullité, il faut que le dol soit principal. Le dol incident donne lieu à une simple condamnation à des dommages-intérêts, qui pourront consister en une diminution du prix de vente de la maison de commerce si l'auteur du dol est le promettant.

Le dol est principal « lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » (art. 1116 C. civ.). Il faut que le dol, dont a été victime l'un des contractants, ait provoqué la conclusion du contrat (2). Le dol incident est celui qui n'a pas joué un rôle déterminant dans la formation de la convention.

Commet un dol principal le promettant qui indique un montant de loyer réduit (3), ou cache sa situation financière précaire alors qu'il est en état de cessation de paiement (4). Commet un dol incident le promettant qui annonce comme bénéfices du fonds de commerce à vendre les profits qu'il réalise dans un établissement distinct (5), ou qui attire la clientèle, pendant les mois précédant la conclusion de la promesse de vente, en vendant à un prix égal ou inférieur au prix de revient (6).

C) DOL A PROPOS DES BENEFICES ET DU CHIFFRE D'AFFAIRES :

Avant la promulgation de la loi du 29 juin 1935, il était très important de savoir si les fausses déclarations sur le montant des bénéfices et du chiffre d'affaires, faites antérieurement à la conclusion de la promesse de vente, constituaient un dol principal. Assez souvent, en effet, vendeurs et intermédiaires faisaient état, au cours des pourparlers, de chiffres séduisants de profits ou de recettes, qui n'étaient pas garantis par une clause conventionnelle et se révélaient ensuite

(1) Lyon, 25 juin 1932 S. 1933.2.20

(2) Req. 7 janv. 1901 D.P. 1901.1.128 ; Req. 3 mai 1927 S. 1930.1.127 ; Lyon 29 juin 1931 S. 1931.2.188 ; Rouen 23 mai 1935 Rec. Hav. 1935.2.213

(3) Trib. com. Lyon 19 nov. 1928 G.J.C.L. 1929.125

(4) Trib. com. Toulouse 3 nov. 1953 J.C.P. 1954.2.8357, note Toujas

(5) Trib. com. Lyon 7 mars 1938 R.F.C. 1938.303

(6) Rouen 6 mai 1927 Rec. arr. C. de Rouen et Caen 1928.1.31

inexacts. Bénéficiaires et acquéreurs tentaient alors d'obtenir l'annulation du contrat en alléguant l'existence de manœuvres dolosives. Tribunaux et cours les déboutaient. Le tribunal de commerce de Marseille (1) jugeait le 18 décembre 1935 qu'il était « de jurisprudence constante que la simple exagération de bénéfices dans les indications fournies à l'acheteur (ou au bénéficiaire) en vue de le décider à contracter ne constituait qu'un dol incident, qu'il était du devoir de l'acheteur (ou du bénéficiaire), avant de s'engager, de vérifier les chiffres qui lui étaient indiqués ; que s'il n'avait pas envisagé cette vérification, il devait supporter les conséquences de sa négligence ». Ce problème a perdu beaucoup de son intérêt depuis la loi du 29 juin 1935 qui oblige le promettant à énoncer dans la promesse de vente de fonds de commerce chiffre d'affaires et bénéfices réalisés au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation ou depuis son acquisition s'il n'a pas exploité le fonds depuis plus de trois ans.

D) — DOL A PROPOS DES PRIVILEGES ET NANTISSEMENTS :

La loi du 29 juin 1935 a, de même, fait disparaître les difficultés soulevées par les déclarations effectuées ou les réticences commises lors des pourparlers par les vendeurs et intermédiaires sur l'état des privilèges et nantissemments grevant l'établissement à vendre. Le bénéficiaire promettait d'acheter un fonds qu'on lui affirmait libre de toutes charges. Par la suite, il apprenait que des créances importantes étaient garanties par privilège ou nantissement sur ce fonds. La jurisprudence accusait la victime de négligence puisqu'elle « pouvait et devait se renseigner au greffe sur le montant des inscriptions avant de s'engager » (2).

III — LA VIOLENCE DANS LES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

La violence, autre vicié du consentement, fait l'objet d'une réglementation minutieuse dans le Code civil : les articles 1111 à 1115 en précisent la définition et les conditions d'existence. Est-ce cette abondance de dispositions qui effraient les contractants ? La violence est très rare. On préfère tromper plutôt que violenter.

On distingue traditionnellement violence physique et violence morale. Peu importe que la violence soit l'œuvre d'une partie ou d'un tiers, qu'elle s'exerce sur le contractant ou les siens : époux, épouse, descendant ou ascendant. Dans tous ces cas, elle vicie le consentement et entraîne la nullité du contrat.

Cependant, toute violence ne fausse pas le consentement de celui qui en est victime. Pour qu'il y ait vice, il faut que deux conditions

(1) Trib. com. Marseille 1936.2.663 — dans le même sens Trib. com. Seine 19 mars 1890 J. trib. com. 1892.322 ; Trib. com. Marseille 11 janv. 1926 R. dr. fr. 1926.50 ; Trib. com. Le Havre 30 mars 1926 Rec. Hav. 1926.1.102 ; Rouen 27 nov. 1925 Rec. Hav. 1926.2.61 ; Lyon 25 juill. 1935 G.J.C.L. 1935.398 ; Trib. com. Vire 28 avr. 1936 G.J.C.L. 1936.343

(2) Trib. com. Le Havre 19 juin 1935 R.F.C. 1935.540 — en sens contraire Trib. com. Le Havre 8 janv. 1934 Rec. Hav. 1934.1.151

soient réunies : relativité et illicéité. En premier lieu, la violence doit être « de nature à faire impression sur une personne raisonnable », donc ni trop sotté, ni trop intelligente, ni trop lâche, ni trop courageuse. C'est en ce sens que la violence est relative. Elle se définit par rapport à un type moyen d'individu. Elle l'est aussi pour cette autre raison que l'on doit tenir compte en la matière « de l'âge, du sexe et de la condition des personnes ». Ce qui est violence pour une personne d'humble condition ne l'est pas forcément pour un homme d'élite. En second lieu, la violence doit être illicite. Dans notre matière des promesses de vente de fonds de commerce, la violence est toujours injuste et détermine un vice du consentement, lorsque la condition de relativité est remplie.

IV — SANCTION DES VICES DU CONSENTEMENT

Quand le consentement du promettant ou du bénéficiaire est vicié par erreur, dol ou violence, la promesse de vente de fonds de commerce est frappée de nullité relative. L'action n'appartient qu'à la victime ou à ses ayants cause à titre universel et est soumise à la prescription décennale. L'article 1304 du Code civil précise que le délai de prescription « ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé, dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ». Enfin, dernière caractéristique de la nullité relative, le contractant dont le consentement a été vicié peut renoncer à poursuivre la nullité de la promesse de vente de fonds de commerce. L'article 1115 du Code civil indique cette possibilité de renonciation en cas de violence, mais elle existe également en cas d'erreur ou de dol. Tout cela n'est que l'application du droit commun.

Depuis la promulgation de la loi du 29 juin 1935, on doit se demander si ces conclusions sont encore valables, puisque l'article 12 de la loi précitée institue une action en nullité relative, susceptible d'être exercée pendant une année seulement ?

V — VICE DU CONSENTEMENT ET LOI DU 29 JUIN 1935

L'article 12 de la loi du 29 juin 1935 oblige le promettant à énoncer un certain nombre de renseignements dans la promesse de vente de fonds de commerce. Ne peut-on pas soutenir que les énonciations ainsi exigées ont pour but de supprimer tout vice du consentement et que, par suite, l'exercice de l'action en nullité pour erreur, dol ou violence est interdit par la nouvelle législation ?

A notre avis, on ne peut considérer la loi précitée comme dérogoire au droit commun des vices du consentement (1). L'action en nullité relative prévue par l'article 12 de cette loi sanctionne le défaut d'une ou de plusieurs mentions prescrites par le dit texte. Elle ne peut être confondue avec la sanction d'un vice du consentement.

(1) Dans le même sens J.C.C. fasc VII n° 189

Nous apprécierons mieux, au chapitre suivant, la différence qui sépare ces deux actions. Si la promesse de vente de fonds de commerce ne contient pas toutes les indications légales, le bénéficiaire a intérêt à se placer sur le terrain de l'article 12. Mais il est en droit de faire état d'un vice du consentement, le cas échéant, et de poursuivre la nullité de la promesse de vente après l'expiration du délai d'un an édicté par l'article 12. C'est le principal avantage qu'il recueille du maintien en vigueur du droit commun des vices du consentement. La jurisprudence est en ce sens. Un jugement du tribunal de commerce de Toulouse (1) rendu le 3 novembre 1953 annule, pour cause de dol, une vente de fonds de commerce consentie par un commerçant en état de cessation de paiements.

SECTION II

Conditions relatives à la capacité

Pour la validité des promesses de vente de fonds de commerce, un consentement libre doit être émis par une personne capable.

Dans la promesse synallagmatique, le promettant procède à l'aliénation de son fonds de commerce, donc à un acte de disposition. Dans la promesse unilatérale, il contracte une simple obligation : celle de vendre lorsque le bénéficiaire lèvera l'option. Dans un cas comme dans l'autre, il doit avoir la capacité d'accomplir un acte de commerce.

La capacité du bénéficiaire dans la promesse unilatérale est gouvernée par deux principes. Premier principe : la promesse est une convention commerciale. Second principe : elle n'est pas translatrice de propriété et ne confère pas la qualité de commerçant à son titulaire. Celui-ci doit avoir, en conséquence, la capacité d'accomplir un acte de commerce isolé.

A la différence de la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique équivaut à une cession et réalise la transmission de propriété. Il en résulte que cette convention ne peut être considérée comme un acte de commerce isolé, mais constitue le premier acte de la profession commerciale du bénéficiaire. Ce dernier doit donc posséder la capacité d'acquérir un fonds de commerce et de faire le négoce.

Ces considérations préliminaires vont nous permettre d'étudier plus facilement la situation, au regard des promesses de vente de fonds de commerce, des mineurs, des aliénés, des prodiges et faibles d'esprit, des interdits légaux, des femmes mariées, des faillis, des commerçants admis au règlement judiciaire, enfin des étrangers. Nous examinerons également l'influence qu'exercent sur la capacité du bénéficiaire les lois qui édictent une interdiction d'entreprendre une profession commerciale à l'encontre de certains individus.

(1) J.C.P. 1954.2.8357 note Toujas

I — MINEUR NON EMANCIPE

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

Un mineur non émancipé peut être propriétaire d'un fonds de commerce, à lui échu par succession, legs ou donation, mais il ne peut promettre la vente de cet établissement. Seuls le tuteur ou l'administrateur légal sont en droit de souscrire, au nom du mineur, cette promesse de vente. Encore doivent-ils, le plus souvent, être munis des autorisations rendues indispensables en raison de la nature juridique du fonds de commerce.

Dans l'introduction, nous définissons le fonds de commerce : un droit à la clientèle qui nécessite des biens mobiliers affectés à son exercice, insistant ainsi sur un élément incorporel : le droit à la clientèle. Il nous semble, par suite, logique de conclure que le fonds de commerce est un meuble incorporel (1). Dans notre matière, cette conclusion est du plus grand intérêt. Il en résulte, en effet, que la loi du 27 février 1880 doit être appliquée (2). En vertu de l'article 1 de ce texte, le tuteur ne pourra donc promettre la vente du fonds de commerce de son pupille qu'à condition d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du conseil de famille. Si la valeur du fonds excède 75.000 francs, la délibération du conseil de famille devra être homologuée par le tribunal civil conformément à l'article 2 de la loi précitée. La signature d'une promesse de vente de fonds de commerce au profit d'un bénéficiaire déterminé suppose le recours à la vente amiable. Le conseil de famille est en droit d'autoriser un tel procédé, moins onéreux que la vente aux enchères publiques.

Les pouvoirs du père, administrateur légal des biens de ses descendants, sont réglementés par l'article 389 alinéa 6 du Code civil. Ce texte édicte que l'administrateur légal « accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille et avec l'autorisation du tribunal, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation ». Il en résulte que le père, administrateur légal, qui veut promettre la vente du fonds de commerce d'un de ses descendants doit être autorisé par le tribunal civil lorsque la valeur de ce fonds dépasse 75.000 francs.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

Le mineur non émancipé (3), dont le fonds de commerce peut donc être cédé, est incapable par contre de conclure, en qualité de bénéficiaire, une promesse unilatérale ou synallagmatique, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de ses représentants légaux : père ou tuteur. Il en est ainsi parce que la signature d'une promesse de vente

(1) Escarra n° 252 ; J.C.C. fasc. VIII n° 12 ; Ripert n° 453 — dans le même sens Civ. 26 janv. 1914 D.P. 1914.1.112

(2) Besançon, 10 oct. 1888 D.P. 1890.2.90

(3) Cohen n° 109 ; Ripert n° 266

constitue un acte de commerce, interdit aux mineurs non émancipés en vertu de l'article 3 du Code de commerce, qui serait « non seulement rescindable, mais frappé de nullité » (1), et parce que l'exercice du commerce par représentation est illicite (2).

II — MINEUR EMANCIPE ET NON AUTORISE A FAIRE LE COMMERCE

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

L'étendue des pouvoirs du mineur émancipé et non autorisé à faire le commerce varie suivant qu'il a été émancipé en cours de tutelle ou pendant le mariage de ses parents. Quand le mineur a été émancipé en cours de tutelle, il agit par lui-même et paraphe l'acte de promesse de vente de son fonds de commerce, mais il doit être assisté et contrôlé par son curateur et, en vertu de l'article 4 de la loi du 27 février 1880, il doit observer les formes ci-dessus décrites à l'égard du mineur non émancipé : solliciter l'autorisation du conseil de famille et, dans le cas où la valeur du fonds excède 75.000 francs, l'homologation du tribunal civil. Le mineur émancipé pendant le mariage de ses parents est dispensé d'observer les formes prévues par les articles 1 et 2 de la loi précitée et peut signer valablement un contrat de promesse de vente de son fonds de commerce avec la seule assistance de son curateur (3). Le mineur émancipé par le mariage possède les mêmes pouvoirs que le mineur émancipé pendant l'union de ses parents.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

La souscription d'une promesse unilatérale ou synallagmatique en qualité de bénéficiaire constitue un acte de commerce. Elle est, par suite, interdite au mineur émancipé mais non autorisé, conformément aux articles 2 et 3 du Code de commerce. L'assistance du curateur ne saurait pallier cet empêchement.

La jurisprudence tranche la difficulté dans ce sens. « L'assistance du curateur », déclare la Cour d'appel de Paris (4) « n'est exigée ni par l'article 2 du Code de commerce, pour l'exercice d'une profession commerciale par le mineur émancipé, ni par l'article 3 du même Code pour les actes de commerce isolés ; la loi exige seulement l'autorisation des père et mère, autorisation qu'avaient donnée dans l'espèce les sieur et dame P... ; la seule cause de nullité que peut invoquer l'intimée est donc l'inaccomplissement des formalités préalables de publicité exigées par l'article 2 précité ; l'acquisition du fonds constitue, en effet, un acte de commerce, puisqu'elle était faite en vue de l'exploitation de ce fonds ».

(1) Civ. 7 mars 1922 D.P. 1922.1.169 ; Dijon 29 janv. 1923 D.P. 1923.2.15

(2) Civ. 26 févr. 1926 D.H. 1926.328 ; Paris 23 nov. 1939 D.C. 1941.45 note Ripert ; Pau 20 févr. 1942 D.C. 1944.79 note Lalou

(3) Dans le même sens Colin. Capitant et Julliot de la Morandière t. I n° 836 ; J.C.C. Fasc. VIII n° 24 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. I n° 2389 ; Planiol et Ripert t. I par Savatier n° 650

(4) Paris 20 janv. 1905 D.P. 1905.2.45 — dans le même sens Angers 23 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.554 note Jacques Becqué

Cet arrêt sous-entend donc que l'achat ou la promesse d'achat d'un fonds de commerce, non suivis d'exploitation personnelle, ne constituent pas des actes de commerce. Le mineur émancipé et non autorisé à faire le négoce serait-il capable de promettre l'achat d'un fonds, s'il avait l'intention de recourir aux bons offices d'un gérant libre ? Nous examinerons (1) à propos de la capacité de la femme mariée, qui suscite une controverse analogue, ce qu'il faut penser d'une telle question.

III — MINEUR EMANCIPE AUTORISE A FAIRE LE COMMERCE

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

Le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce jouit d'une pleine capacité en matière commerciale (art. 487 du Code civil). A première vue, on pourrait estimer que la promesse de vente de fonds de commerce n'est pas un fait relatif au commerce, puisqu'elle a justement pour but de mettre fin à l'exercice de l'activité commerciale et on serait en droit d'en déduire que la conclusion d'un tel contrat dépasse la capacité du mineur négociant. Ce raisonnement est superficiel, comme nous tenterons de le montrer (2) d'une façon plus approfondie à propos de la capacité de la femme mariée. Le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce, de même qu'un individu majeur, peut donc promettre la vente de son fonds. Il n'a besoin d'aucune autorisation, ni d'aucune assistance.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

Des articles 2 et 3 du Code de commerce combinés avec l'article 487 du Code civil, il découle, selon nous, que le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce (3) est capable de souscrire, en qualité de bénéficiaire, une promesse unilatérale ou synallagmatique avec ou sans dédit. La signature d'une promesse unilatérale constitue, en effet, pour celui qui en bénéficie, un acte de commerce isolé, en conséquence permis au mineur non commerçant mais émancipé, âgé de plus de dix-huit ans et autorisé par son père ou sa mère ou le conseil de famille (art. 3 C. de com.). Il n'est pas nécessaire que l'acte d'autorisation soit inscrit sur le registre du commerce. Cette inscription est, au contraire, obligatoire lorsque le mineur veut promettre l'achat d'un établissement.

IV — ALIENE INTERDIT

L'aliéné interdit est frappé d'incapacité par l'article 502 du Code civil. Il ne peut donc conclure, soit en qualité de promettant, soit en qualité de bénéficiaire, une promesse de vente de fonds de commerce. Une telle convention serait nulle de droit. D'autre part, la promesse

(1) Voir p. 117 et 118.

(2) Voir p. 110 à 113.

(3) Cohen n° 109 ; Escarra n° 163 et suiv. ; Hamel et Lagarde n° 349.
Ripert n° 229

signée par l'aliéné antérieurement à son interdiction peut être annulée, conformément à l'article 503 du même Code, si la cause de l'interdiction existait notoirement au moment de la formation de cette promesse. D'après la jurisprudence, la nullité peut être prononcée « si, à l'époque de l'acte, la démence de son auteur était déjà habituelle et notoire » (1). Les dispositions de l'acte même peuvent d'ailleurs « porter avec elles la preuve évidente que celui qui les a acceptées n'avait pas la conscience de ce qu'on lui demandait » (2).

Le tuteur de l'aliéné interdit est, par contre, en droit de promettre la vente de l'établissement de ce dernier (art. 1 loi du 27 février 1880). Il lui est, au contraire, impossible de parapher une promesse en qualité de bénéficiaire pour le compte de l'aliéné interdit. On ne peut, en effet, accomplir un acte de commerce en tant que représentant (3).

V — ALIENE INTERNE NON INTERDIT

L'aliéné interné non interdit est frappé d'incapacité en vertu de l'article 39 de la loi du 30 juin 1838. La promesse de vente conclue par un tel individu est atteinte d'une nullité relative, pour cause de démence, soumise à la prescription décennale. Les tribunaux disposent, en la matière, d'un pouvoir d'appréciation et ne procèdent à l'annulation de la promesse litigieuse que si l'aliéné n'était pas en état de lucidité au moment de la conclusion du contrat. L'internement crée une présomption de démence difficile à renverser.

L'administrateur provisoire, qui gère les biens du dément pendant son hospitalisation, peut promettre valablement la vente du fonds de commerce de l'aliéné (4). Encore doit-il observer les formes prévues par la loi du 27 février 1880 : autorisation du conseil de famille et, au-delà d'une valeur de 75.000 francs, homologation du tribunal (art. 8, loi du 27 février 1880). Il lui est, par contre, interdit de signer comme bénéficiaire et pour le compte du dément une promesse de vente de fonds de commerce.

VI — ALIENE NON INTERNE NI INTERDIT

La promesse de vente de fonds de commerce souscrite par un aliéné non interné ni interdit est frappée d'une nullité relative pour défaut de consentement libre. Ainsi décide la jurisprudence (5), qui repousse la thèse doctrinale de la nullité absolue. Seul l'aliéné peut intenter l'action en nullité, soumise par les tribunaux à la prescription décennale. Les héritiers, quant à eux, ne peuvent en principe après le

(1) Req. 5 nov. 1929 S. 1930.1.107

(2) Civ. 5 juin 1882 D.P. 1882.1.173

(3) J.C.C. fasc. VIII n° 39 ; Ripert n° 226

(4) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. I n° 875 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. I n° 2462 ; Planiol et Ripert t. I par Savatier n° 719

(5) Nîmes 29 janv. 1890 D.P. 1891.2.97 ; Dijon 28 avr. 1931 D.H. 1931.371

décès de leur auteur réclamer en justice l'annulation de la convention litigieuse. Ils se heurtent, en effet, à l'article 504 du Code civil, à moins qu'ils ne puissent se prévaloir des deux exceptions prévues par ledit texte. A l'appui d'une demande en nullité d'une promesse conclue par un aliéné non interné, ni interdit, il faut administrer la preuve que le signataire était en état de démence au moment précis où le contrat a été formé (1). La preuve est difficile, sauf dans le cas où les clauses de la convention démontrent par elles-mêmes que celui qui les a acceptées n'était pas sain d'esprit à l'instant où il a apposé son paraphe. Pour éviter l'incertitude qui pèse sur la validité de la promesse signée par un aliéné non interné ni interdit, on peut songer utilement à provoquer l'interdiction du dément (art. 490 et 491 C. civ.).

VII — PRODIGE ET FAIBLE D'ESPRIT

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

Les prodiges et faibles d'esprit sont capables de conclure une promesse de vente de fonds de commerce avec l'assistance de leur conseil judiciaire (2). Le défaut d'assistance semble, au contraire, entraîner la nullité des conventions, car l'article 513 du Code civil indique formellement que les prodiges et faibles d'esprit ne peuvent aliéner sans l'assistance de leur conseil. Une telle conclusion est certaine pour les promesses synallagmatiques qui sont translatives de propriété, mais douteuse pour les promesses unilatérales, qui ne transfèrent pas la propriété du fonds. Faut-il en conclure que les prodiges et faibles d'esprit sont capables de souscrire seuls de telles promesses ? Le problème est délicat.

La jurisprudence interprète d'une façon hardie les textes du Code civil relatifs aux prodiges et faibles d'esprit et, en particulier, étend l'incapacité de ces derniers aux obligations. On distingue en cette matière deux systèmes. D'après certains arrêts de la Cour de cassation, les prodiges et faibles d'esprit ne peuvent valablement contracter des obligations « exagérées eu égard à leur condition sociale et à leur situation de fortune » (3). La Cour suprême, dans d'autres arrêts, affirme que « l'incapacité pour le prodigue (ou le faible d'esprit) d'emprunter et d'aliéner sans l'assistance de son conseil implique celle de s'obliger en dehors du cercle des actes d'administration et, à plus forte raison, de soutenir des engagements d'une nature essentiellement commerciale (4).

Avec le premier système, il est possible, mais non certain, que

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. I n° 860 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. I n° 2398 ; Planiol et Ripert t. I par Savatier n° 725

(2) Limoges 13 janv. 1934 D.H. 1934.244

(3) Req. 7 juill. 1902 D.P. 1902.1.422 — comp. Paris 2 déc. 1902 D.P. 1905.2.385 ; Req 14 mars 1938 D.H. 1938.372 ; Trib. civ. Seine 4 avr. 1938 D.H. 1938.477

(4) Civ. 1^{er} août 1860 D.P. 1860.1.316 — dans le même sens, Paris 26 févr. 1926 D.H. 1926.290

la promesse unilatérale de vente souscrite par le prodigue ou le faible d'esprit sans l'assistance du conseil judiciaire soit frappée de nullité. D'après le second système jurisprudentiel, sans hésitation, la nullité sera prononcée, et cela pour les deux raisons dégagées par l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 1^{er} août 1880. Tout d'abord, la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce n'est pas un acte d'administration. Promettre la vente d'un établissement commercial, ce n'est pas administrer, c'est se préparer à aliéner. Le promettant prend dans la promesse unilatérale le même engagement de vendre que dans la promesse synallagmatique. On ne comprendrait pas pourquoi la promesse bilatérale serait nulle et la promesse unilatérale licite. Sans doute celle-ci n'est pas translatrice de propriété et, à ce titre, n'encourt point strictement la sanction prévue au Code civil. Elle n'en constitue pas moins une convention dangereuse, puisqu'est fixé le prix de vente de l'établissement dû par le bénéficiaire en cas de levée d'option. Le péril est donc évident d'une promesse unilatérale souscrite pour un prix inférieur à la valeur vénale de la maison de commerce. Il est une seconde raison pour refuser aux prodiges et faibles d'esprit la capacité de signer seuls un tel contrat : le caractère commercial de celui-ci. L'exercice du négoce est, nous le montrerons, interdit aux prodiges et faibles d'esprit. Cette interdiction englobe la conclusion de conventions commerciales.

Le second système jurisprudentiel, le système objectif, paraît, en notre matière, plus satisfaisant que le premier. Il trouve un appui solide dans les articles 499 et 513 du Code civil qui exigent pour les aliénations l'assistance du conseil judiciaire.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

a) — Bénéficiaire d'une promesse unilatérale :

Les prodiges et faibles d'esprit (1) sont capables, selon nous, de se réserver le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, parce qu'ils sont capables d'accomplir des actes de commerce isolés. L'assistance du conseil judiciaire peut prêter à discussion. A notre avis, cette assistance est indispensable dans un cas : lorsque la convention stipule un « dédit » à la charge du bénéficiaire. Dans cette hypothèse, en effet, les prodiges et faibles d'esprit contractent une obligation : celle de verser une somme importante à titre d'indemnité ou de prix de la promesse. Or, nous savons que la jurisprudence étend aux obligations l'incapacité des prodiges ou faibles d'esprit. En est-il de même dans le cas d'une promesse sans « dédit » ? Les prodiges ou faibles d'esprit ne contractent alors aucune obligation. Nous estimons qu'ils peuvent souscrire seuls une telle convention. L'assistance du conseil judiciaire nous semble superflue. La promesse unilatérale est sans doute un acte de commerce isolé. Mais le Code de commerce ne prévoit au sujet des prodiges ou faibles d'esprit aucune réglementation spéciale. C'est donc le droit commun qui doit être

(1) Cohen n° 108 ; Escarra n° 160 ; Hamel et Lagarde n° 353 ; Ripert n° 228

appliqué. Ces conclusions présentent une certaine utilité pratique, car elles permettent aux prodigues ou faibles d'esprit en instance de recouvrer leur entière capacité de saisir une occasion intéressante.

b) — **Bénéficiaire d'une promesse synallagmatique :**

Nous pensons que les prodigues et faibles d'esprit assistés de leur conseil sont capables en droit de promettre l'achat d'un établissement commercial, puisque le Code de commerce n'édicte à leur sujet aucune règle spéciale (1). Mais ils ne peuvent envisager de l'exploiter eux-mêmes ; ils ne sauraient, en effet, exercer une profession commerciale, car celle-ci suppose des actes de commerce répétés pour lesquels l'assistance du conseil, qui doit être spéciale à chaque acte, serait pratiquement impossible. D'autre part, ils remplissent très rarement les conditions exigées par la nouvelle réglementation de la location-gérance des fonds de commerce (2). De plus, ils ne pourront obtenir l'autorisation du président du tribunal civil, puisqu'ils veulent effectuer un placement de capital en fonds de commerce, quasi interdit par les auteurs de la loi du 20 mars 1956 (3). Notre conclusion est, par conséquent, la suivante : les prodigues et faibles d'esprit jouissent en droit de la capacité nécessaire pour promettre l'achat d'un établissement. Mais ils se heurtent à des obstacles tels qu'ils ne peuvent, ni exploiter le fonds eux-mêmes, ni en confier la gérance libre à un tiers.

VIII — INTERDIT LEGAL

Les interdits légaux, privés de l'exercice de leurs droits civils en vertu de l'article 29 du Code pénal, ne peuvent conclure une promesse de vente, car celle-ci serait nulle d'une nullité absolue, invocable par tout intéressé, donc par le bénéficiaire de la promesse lui-même. L'action en nullité ne pourrait, semble-t-il, être intentée par l'interdit puisqu'il s'agit d'une nullité de déchéance.

L'interdit légal est représenté par un tuteur et un subrogé-tuteur qui ont mission de gérer et d'administrer ses biens. Selon nous, le tuteur peut procéder à la cession du fonds de commerce et, par suite, s'engager à en promettre la vente, à condition d'observer les formes prescrites pour l'aliénation des meubles incorporels des interdits judiciaires. Il doit, en conséquence, solliciter l'autorisation du conseil de famille et, au-delà d'une valeur de 75.000 francs, l'homologation du tribunal. Deux arguments militent, à notre sens, en faveur de cette solution. Tout d'abord, la tutelle de l'interdit légal est organisée selon les mêmes principes que celle de l'interdit judiciaire (art. 29 C. pén.). Or, nous avons montré, au paragraphe IV de cette section, que le tuteur de l'interdit judiciaire était capable de promettre la vente du

(1) En sens contraire Civ. 3 déc. 1850 D.P. 1851.1.42 ; Angers 10 févr. 1865 D.P. 1865.2.63

(2) Voir p. 86 et 87

(3) Voir p. 86.

fonds de commerce de ce dernier, à condition de se munir des autorisations indiquées aux articles 1 et 2 de la loi du 27 février 1880. Il doit donc en être de même pour le tuteur de l'interdit légal. D'autre part, l'article 30 du Code pénal ne contrarie pas cette façon de penser. Ce texte indique simplement que l'interdit légal n'est pas dépouillé définitivement de sa fortune. Seront remis à l'interdit légal, après qu'il aura subi sa peine, non pas les biens qui étaient sa propriété au moment de sa condamnation, mais les biens qui sont encore siens au moment de son élargissement. Si le tuteur devait restituer les biens qui appartenaient à l'interdit légal au moment de sa condamnation, il ne pourrait administrer.

Le tuteur ne peut, par contre, souscrire, en tant que bénéficiaire, une promesse de vente pour le compte de l'interdit légal, car on n'effectue pas des actes de commerce par représentation.

IX — FEMME MARIEE

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

La femme mariée peut-elle promettre la vente d'un fonds de commerce ? Cette question présente plus d'intérêt pratique que les développements que nous venons de consacrer aux interdits légaux. La capacité de la femme mariée, proclamée par l'article 216 du Code civil, soulève des problèmes théoriques délicats et controversés. Cette capacité varie selon le régime matrimonial du ménage, la condition juridique du fonds de commerce et suivant que l'épouse est ou non commerçante.

a) -- Dans le régime de communauté :

Les pouvoirs de la femme mariée diffèrent selon la qualité juridique du fonds de commerce.

1) — Le fonds de commerce est un bien commun :

Les solutions changent, à notre avis, suivant que la femme mariée est commerçante ou non.

a) — Femme mariée non commerçante.

La femme mariée non commerçante ne peut promettre la vente du fonds de commerce commun sans le consentement de son mari en vertu de l'art. 1426 du Code civil : « La femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari ». Seul, ce dernier, chef de famille, a le pouvoir, conformément à l'article 1421 du C. civ., de disposer de l'établissement commercial commun et, a fortiori, de souscrire une promesse de vente de cet établissement et il n'a nullement besoin, pour ce faire, du consentement de son épouse.

La femme mariée non commerçante est en droit, d'après nous, de se prévaloir des dispositions de l'article 217 du Code civil, ainsi libellé : « L'époux qui veut faire un acte de disposition pour lequel le

concours ou le consentement de l'autre époux est nécessaire peut être autorisé par justice à disposer sans le concours ou sans le consentement de son conjoint, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ». Pour que la femme mariée puisse utilement invoquer ce texte et être autorisée par justice à conclure une promesse de vente du fonds de commerce commun, il faut donc que le mari soit hors d'état de manifester sa volonté, par exemple par suite d'absence, d'éloignement, de captivité, de grave maladie, ou bien que son refus de conclure la promesse ne soit pas justifié par l'intérêt de la famille. L'application de ce texte à notre sujet suscite néanmoins deux difficultés.

Tout d'abord est-il exact que la promesse de vente de fonds de commerce appartienne à la catégorie des actes de disposition, la seule qui justifie le recours à l'article 217 ? La réponse est incontestablement affirmative à propos de la promesse synallagmatique, qui équivaut à une vente. On peut, au contraire, avoir des doutes à propos de la promesse unilatérale, qui, on le sait, n'est pas translatrice de propriété. Cette première difficulté n'est cependant pas insurmontable. Il ne faut pas interpréter, en effet, la formule légale « acte de disposition » d'une façon étroite. S'obliger, c'est également disposer (1). L'acte de disposition ne s'oppose pas à l'obligation. Il s'oppose à l'acte d'administration. Par conséquent, si on voit dans l'engagement du promettant une simple obligation, on ne doit pas écarter l'application de l'article 217 du Code civil.

Le recours à cet article soulève, en notre matière, une seconde difficulté. Le texte fait état « d'un acte de disposition pour lequel le concours ou le consentement de l'autre époux est nécessaire », ce qui suppose un pouvoir propre du conjoint qui sollicite l'autorisation de justice. A notre avis, la femme mariée dispose d'un semblable pouvoir (2). Cela découle de l'article 1426 du Code civil qui énonce que « la femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari, sous réserve des dispositions de l'article 217 », en particulier. Le législateur a donc prévu lui-même que la femme mariée pouvait se prévaloir de cette disposition lorsqu'elle désirait engager les biens de la masse commune. La thèse contraire, défendue par M. le doyen Choteau, ne semble pas convaincante. L'auteur considère essentiellement l'article 217 comme un moyen d'éviter la neutralisation de la capacité de la femme par le respect des pouvoirs matrimoniaux du mari sur la fortune propre de son épouse. Cette opinion se heurte, selon nous, à deux arguments de texte. Le premier est constitué par la teneur de l'article 1426 du Code civil, qui réserve expressément à la femme le droit de recourir à l'article 217 pour obliger la communauté. Le second se fonde sur le mot « époux » qui figure à l'article 217. Si le législateur avait voulu donner

(1) Colin, Capitiant et Julliot de la Morandière t. III n° 76 — en sens contraire Choteau D. 1947 chr. 17 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. III, n° 486

(2) Dans le même sens, Colin, Capitiant et Julliot de la Morandière t. III n° 76 ; J.C.C. fasc. VIII n° 81 — en sens contraire, Choteau D. 1947 chr. p. 17 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. III n° 454 et 481

à cet article la signification que lui attribue le doyen Choteau, il est vraisemblable qu'il eût fait usage de l'expression de « femme mariée », dont il s'est servi à l'article 216, et non de celle d'« époux ». Un jugement du tribunal civil d'Avesnes, en date du 10 décembre 1942 (1), partage notre opinion et autorise une femme mariée à acquérir un immeuble avec des fonds communs en vertu de l'article 217 du Code civil.

Quand son mari est hors d'état de manifester sa volonté, la femme mariée qui veut promettre la vente d'un fonds de commerce commun peut également se prévaloir de l'article 219 du Code civil (2). « Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint peut se faire habilitier par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs... » que le contrat de mariage lui attribue. L'épouse non négociante qui se fait habilitier par justice à représenter son conjoint, soit d'une manière générale, soit seulement pour le contrat projeté, peut donc, au nom de son mari chef de famille, conclure une promesse de vente du fonds de commerce commun.

β) — *Femme mariée commerçante.*

La femme mariée qui se livre elle-même à l'exploitation d'un fonds de commerce séparément de son mari a la qualité de commerçante. Peut-elle promettre la vente de l'établissement qu'elle exploite ? Nous rencontrons, de nouveau, une question importante et controversée. L'article 5 du Code de commerce énonce que la femme commerçante oblige son mari, s'il y a communauté entre eux, par les actes qu'elle fait pour les besoins de son commerce. Le problème consiste donc, selon nous, à savoir si la promesse de vente du fonds de commerce commun est ou non un acte fait pour les besoins du commerce.

A notre avis, c'est effectivement pour les besoins du négoce que la femme mariée commerçante conclut une promesse de vente du fonds de commerce commun. Vendre ou promettre de vendre le fonds de commerce, c'est faire le commerce. Il en est ainsi d'une façon patente quand l'épouse souscrit une promesse pour désintéresser ses créanciers commerciaux, car le règlement des dettes est le plus impérieux besoin que ressent le négociant. Même lorsque la situation financière de la femme commerçante est saine, nous estimons également que la promesse de vente est réalisée pour les besoins du commerce, aussi paradoxal que cela puisse paraître.

Il faut d'abord prendre soin de ne pas confondre « les besoins du commerce » avec les besoins du fonds de commerce. La première expression nous semble plus large que la seconde. D'autre part, la promesse de vente du fonds de commerce est un contrat commercial, donc réputé accompli pour les besoins du négoce. Enfin, l'étude des

(1) J.C.P. 1943.2.2122

(2) Comp. Cohen n° 1691 ; Fréjaville D.C. 1944.21 ; J.C.C. fasc. VIII n° 81

mobiles qui incitent les commerçants à promettre la vente de leur fonds montre, pensons-nous, que cette convention est commandée par les besoins du commerce.

Il est deux catégories de commerçants. La première groupe ces individus qui acquièrent à bas prix des fonds de commerce en déclin et, à force d'amabilité et d'organisation dans les achats et les ventes, les remontent pour les revendre avec un bon bénéfice au bout de quelques mois. Ces personnes s'enrichissent, non point par le commerce des marchandises, mais par celui des fonds de commerce. On ne peut, par suite, soutenir que les promesses de vente consenties par ces commerçants ne sont pas accomplies pour les besoins du commerce. Les négociants de la seconde catégorie nous paraissent agir, eux aussi, pour les besoins de leur commerce, quand ils promettent la vente de leur établissement. Ceux-ci demeurent longtemps à la tête de leur exploitation commerciale. Ils préfèrent jouir des avantages de leur fonds, plutôt que de courir l'aventure en déménageant tous les ans. Ils font surtout fortune grâce au commerce des marchandises. Est-ce à dire que les promesses de vente qu'ils concluent exceptionnellement ne sont pas dictées par les besoins du négoce ? Nous ne pouvons, quant à nous, admettre cette opinion. Le commerçant promet la vente de son fonds, soit parce qu'il décèle une régression inquiétante du volume de ses affaires, soit parce qu'il redoute une chute d'activité. Même lorsqu'il prend sa retraite, le négociant nous semble prendre sa décision pour les besoins de son commerce : il a peur que son âge nuise à la prospérité de son entreprise, il craint une diminution de la valeur vénale de son établissement. Avant la baisse, comme tout spéculateur avisé, il réalise. Et tous ces mobiles différents possèdent un dénominateur commun : la recherche du plus grand bénéfice possible et la crainte des pertes. Gagner et ne point perdre, c'est un besoin du commerce aussi impérieux que celui d'acquitter ses dettes. Voilà pourquoi nous sommes enclin à croire que la promesse de vente du fonds de commerce est dictée par les besoins du commerce (1) et que la femme mariée commerçante a la capacité de promettre la vente du fonds de commerce commun.

Cet avis n'est pas partagé par M. Nast (2). Cet auteur estime que la vente et, par conséquent, la promesse de vente de fonds de commerce sont effectivement accomplies pour les besoins du négoce, mais il soutient que la femme mariée commerçante ne peut vendre sans le consentement de son mari l'établissement qui est bien de communauté, parce qu'elle n'en a pas le pouvoir. Seul le chef de famille pourrait disposer des biens communs. Nous entendons M. Nast et reconnaissons que son objection est forte. Néanmoins, nous ne le suivrons pas.

Le principe exprimé à l'article 1421 du Code civil, en vertu duquel le mari dispose seul des biens communs, est tenu en échec quand la

(1) Boutaud et Chabrol 2^e édition p. 100 ; Cendrier 4^e édition p. 139 ; Cohen n° 1691 ; Margat, femme mariée commerçante 1913 p. 116 et 206 ; Nast D.P. 1927.2.167 ; R.P.D. v° f. de c. n° 44

(2) Note Nast sous Lyon 3 oct. 1925 D.P. 1927.2.167 — dans le même sens J.C.C. Fasc. VIII n° 82

femme exerce une profession commerciale. L'exercice du négoce entraîne pour l'épouse le droit de disposer des biens de communauté. Sans ce droit, pas de commerce possible. Les marchandises qui garnissent le fonds de commerce commun sont également biens de communauté. La femme en dispose librement, sans consentement marital. Ou plutôt, le mari qui ne s'oppose pas à l'exercice par son épouse d'une profession commerciale consent à ce que sa conjointe dispose ainsi des biens communs, lui délègue en quelque sorte ce droit de disposition. Pourquoi donc cette prérogative ne porterait-elle pas sur le fonds de commerce lui-même, puisque nous venons de montrer que la promesse de vente de l'établissement, tout comme la vente des marchandises en magasin, était accomplie pour les besoins du négoce ? M. Nast concède que l'épouse peut disposer du matériel et de l'outillage du fonds de commerce commun. Cette concession se justifie par la nécessité d'éviter toute perte de capital. Pourquoi la femme ne pourrait-elle point parer à cette autre perte de capital, que constitue une diminution de valeur vénale du fonds de commerce ? Il n'y a pas à craindre la conclusion d'une mauvaise affaire, puisque le mari dispose toujours de son droit d'opposition.

Nous devons avouer que la jurisprudence, assez rare d'ailleurs, nous est, dans son ensemble, défavorable. D'après les décisions judiciaires (1), les ventes et promesses de vente de fonds de commerce ne sont pas accomplies pour les besoins du négoce et, par suite, la femme commerçante est incapable de conclure de tels contrats sans le consentement de son mari. Le jugement du tribunal de commerce du Havre en date du 1^{er} décembre 1930 est typique : « Attendu que si la femme commerçante peut faire seule tous les actes qui sont nécessaires pour les besoins de son négoce, la condition essentielle de cette autorisation est que ces actes soient bien nécessités par l'exploitation du fonds ; attendu que la vente d'un fonds de commerce supposant la cessation des opérations commerciales, ne peut être considérée comme rentrant dans cette catégorie, s'il n'est pas établi que cette vente est faite pour payer les dettes contractées à l'occasion du commerce ». Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon (2) invoque surtout les pouvoirs du mari sur les biens communs : « Attendu qu'il n'est pas permis aux époux de déroger sans une autorisation de la loi aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale ; que partant la dame B... n'avait pas le droit de disposer du fonds commun dont il s'agit sans le concours et le consentement de son mari ; attendu que si la femme marchande publique est apte à faire seule tous les actes relatifs à l'exercice de son commerce, elle ne peut aliéner un fonds commercial commun sans que son mari figure dans l'acte d'aliénation en qualité de chef de la communauté ». Dans la dernière phrase citée, l'arrêt considère donc également que la vente d'un fonds de commerce n'est pas relative à l'exercice du commerce.

(1) Trib. com. Le Havre 1^{er} déc 1930 Rec. Hav. 1931.1.42 et 20 juin 1939 Rec. Hav. 1939.2.155

(2) Lyon 3 oct. 1925 D.P. 1927.2.167 note Nast

Telle n'est pas l'opinion exposée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 5 juillet 1932 (1). Cette décision judiciaire ne tranche pas expressément la question de savoir si la vente du fonds de commerce est ou non accomplie pour les besoins du commerce, question qui n'était pas soumise à la Cour, mais elle se prononce en revanche sur la nature de la promesse de vente de fonds de commerce: « Attendu que la femme mariée quel que soit le régime matrimonial qui régit les rapports des époux entre eux, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger en ce qui concerne son négoce, alors et surtout qu'elle exerce son commerce au vu et au su de ce dernier ; attendu que la dame B... était en droit, dans ces conditions, de procéder seule à tous les actes préliminaires à la réalisation de la vente dudit fonds de commerce envisagé et notamment de donner mandat à cet effet ». La promesse de vente n'est-elle pas un de ces « actes préliminaires à la réalisation de la vente du fonds de commerce » ? Cet arrêt nous est donc plus favorable que les précédentes décisions relatées.

2) — Le fonds de commerce est un bien réservé :

Ici, point de controverse possible. Lorsque le fonds de commerce est un bien réservé, la femme peut en disposer librement, donc en promettre la vente. Cela résulte du libellé de l'article 224 du Code civil. La femme mariée « a, sur les biens qui lui sont réservés, les droits de disposition que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels ». En cas de litige, la femme devra prouver que le fonds de commerce est un bien réservé. Elle recourra à cet effet aux modes de preuve de droit commun.

3) — Le fonds de commerce est un bien propre de la femme :

Dans le régime communautaire, l'usufruit des biens propres de la femme appartient à la communauté. C'est une source de difficultés quand il s'agit d'apprécier si la femme mariée a la capacité de souscrire une promesse de vente portant sur le fonds de commerce qui lui est propre. La femme mariée non commerçante n'a pas, à ce sujet, la même capacité que l'épouse négociante.

α) — Femme mariée non commerçante.

Sans le consentement de son mari, la femme mariée non commerçante ne peut disposer que de la nu-propriété de son fonds de commerce. La conclusion d'une promesse de vente de la pleine propriété de l'établissement exige le consentement des deux époux, sous réserve des dispositions des articles 217 et 219 du Code civil (2).

β) — Femme mariée commerçante.

La femme mariée commerçante est, selon nous, capable de promettre la vente du fonds de commerce qui lui est propre et ce, en vertu du deuxième alinéa de l'article 5 du Code de commerce

(1) G.P. 1932.2.673

(2) Voir p. 108 à 110.

« Les actes à titre onéreux par lesquels elle dispose de ses biens personnels pour les besoins de son commerce ont leur entier effet à l'égard des tiers, et le mari ne peut opposer à ceux-ci les droits d'administration et de jouissance que le contrat de mariage lui donne sur les biens de la femme ». Nous avons démontré plus haut (1) que la promesse de vente de fonds de commerce était accomplie pour les besoins du négoce. Il en découle que la femme commerçante est capable de disposer de la pleine propriété de son fonds. A fortiori, est-elle capable de conclure une promesse de vente du fonds qui lui appartient en propre (2).

4) — Le fonds de commerce est un bien propre du mari :

Le mari peut valablement souscrire une promesse de vente du fonds de commerce qui lui est propre. Sa double qualité de propriétaire et de chef de communauté l'autorise à donner à la convention la portée désirable : la promesse de vente a pour objet la pleine propriété de l'établissement. Aucun consentement de la femme n'est nécessaire.

Il est également certain que l'épouse ne peut, à l'encontre de son mari, conclure une promesse de vente du fonds de commerce propre à son conjoint, car ce bien ne lui appartient pas. Il en résulte que l'article 217 du Code civil ne lui est ici d'aucune utilité. Nous pensons, par contre, que la femme mariée peut introduire une requête fondée sur l'article 219 du Code civil et représenter son mari dans la conclusion de la promesse de vente du fonds de commerce de ce dernier (3). La question est discutée, car la représentation judiciaire ne fonctionne, d'après le texte légal, que pour les pouvoirs que le contrat de mariage attribue à l'autre époux et certains auteurs, partisans d'une interprétation stricte, pensent que le droit de propriété ne figure pas parmi ces pouvoirs.

b) — Dans le régime de séparation de biens :

La capacité de la femme mariée suscite moins de controverses dans le régime de séparation de biens que dans le régime de communauté. « Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels » (art. 1536 C. civ.). L'épouse a le droit de disposer librement de son fonds de commerce, donc d'en promettre la vente (art. 1536 C. civ.). Nous estimons de même, bien que cela soit discuté (4), que la femme séparée de biens peut promettre la vente de l'établissement de son époux, dans le cas où celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté et ce en raison de

(1) Voir p. 110 à 113.

(2) Cohen n° 1691 ; Nast D.P. 1927.2.167 — en sens contraire J.C.C. fasc. VIII n° 90 ; Trib. civ. Caen 24 déc. 1942 J.C.P. 1943.2.2122

(3) Voir Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. III, n° 65 — comp J.C.C. fasc. VIII n° 86 — en sens contraire, Planiol, Ripert et Boulanger t. III n° 548

(4) Voir p. 114.

l'article 219 du Code civil. Quand le mari est en état d'agir, il dispose seul évidemment du droit de consentir une promesse de vente de son fonds.

c) — Dans le régime dotal :

Dans le régime dotal, les biens de la femme sont répartis en deux groupes : biens paraphernaux et biens dotaux. Examinons ces deux catégories, qui engendrent une capacité différente.

1) — Le fonds de commerce est un bien paraphernal :

« La femme a sur ses biens paraphernaux tous les droits que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels » (art. 1576 C. civ.). Il en résulte que l'épouse est capable de promettre la vente d'un fonds de commerce, bien paraphernal.

2) — Le fonds de commerce est un bien dotal :

Il est ici un principe et des exceptions. Le principe est celui de l'inaliénabilité des biens dotaux, principe certain quand il s'agit d'immeubles, mais très douteux depuis la loi du 22 septembre 1942, lorsque la dot est constituée par des meubles, par exemple par un fonds de commerce. Le deuxième alinéa de l'article 1551 du Code civil énonce, en effet, que « les biens meubles constitués en dot qui ne deviennent pas la propriété du mari peuvent être aliénés par ce dernier, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 1549, lorsque l'aliénation est nécessaire à la bonne administration de la dot ». Par conséquent, si le mari estime que la vente du fonds dotal est nécessaire à la bonne administration de la dot, il pourra en promettre la vente. A la femme de démontrer, le cas échéant, l'existence d'un concert frauduleux entre son époux et le bénéficiaire de la promesse. La femme, elle, est incapable de promettre la vente du fonds qu'elle apporte en dot. Ce principe demeure, mais comporte des exceptions, indiquées aux articles 1555, 1556 et 1558 du Code civil, auxquels il suffira de se reporter.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

a) — Bénéficiaire d'une promesse unilatérale :

La femme mariée, en raison de la capacité civile qu'elle possède aux termes de l'article 216 du Code civil, peut signer en qualité de bénéficiaire une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce.

Le mari est-il en droit de s'y opposer ? Nous ne le pensons pas, car la promesse unilatérale est pour son bénéficiaire un acte de commerce isolé qui ne confère pas la qualité de commerçant. Or, le mari ne peut s'opposer qu'à l'exercice du négoce (art. 4 C. de com.). La profession commerciale se caractérise par la continuité dans l'activité et l'habitude dans l'accomplissement des actes de commerce. Dans notre matière, ces éléments spécifiques n'apparaissent pas. La promesse unilatérale est un acte de commerce isolé. Avant que la femme lève éven-

tuellement l'option et acquière la qualité de commerçante, un délai plus ou moins long s'écoule, pendant lequel la femme n'effectue aucun acte de commerce. Parfois même, la promesse restera lettre morte : la femme qui se réserve une simple faculté d'acquérir le fonds de commerce n'est nullement contrainte d'acheter (1).

Ces conclusions ne sont pas à modifier, selon nous, lorsqu'un « dédit » est stipulé à la charge de l'épouse. Mais, dans cette hypothèse, la capacité de la femme risque d'être paralysée. A moins de disposer de biens réservés sous le régime communautaire, de biens paraphernaux sous le régime dotal ou d'être séparée de biens, la conjointe doit, en effet, recourir aux bons offices de son mari pour se procurer les capitaux nécessaires. Si l'époux est hostile à la formation du contrat, il ne met pas l'argent à la disposition de sa femme. Par ce biais d'ordre pécuniaire, son opposition devient efficace. Ressource ultime, la femme peut recourir aux articles 217 et 219 du Code civil. Il faut donc conclure à la capacité de droit de la femme mariée, parfois annihilée par la pratique du « dédit ».

b) — Bénéficiaire d'une promesse synallagmatique :

La femme mariée est, de même, capable de souscrire en qualité de bénéficiaire une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce, puisqu'elle est capable de contracter et de faire le négoce. Cette capacité est souvent illusoire. Les pouvoirs accordés au mari par les régimes matrimoniaux et le droit d'opposition marital à l'exercice par la femme d'une profession commerciale séparée entravent ou paralysent cette capacité de droit. Il existe par conséquent deux obstacles éventuels : un obstacle matrimonial et un obstacle marital.

1) — Obstacle matrimonial :

La stipulation du dédit, si courante en pratique, rend souvent inutile la capacité théorique de la femme mariée. Celle-ci, au moment de la conclusion de la promesse, doit verser une somme considérable, qu'elle possède rarement. Le consentement de son époux lui est alors nécessaire. Quand son conjoint sera hors d'état de manifester sa volonté ou qu'il refusera indûment, la femme se prévaudra utilement des dispositions des articles 217 et 219 du Code civil. L'obstacle matrimonial est indiscuté. Par contre, l'obstacle marital, c'est-à-dire le recours par le mari à son droit d'opposition à la profession commerciale séparée de son épouse, donne lieu à une grave controverse.

2) — Obstacle marital :

L'éventualité de l'obstacle marital est précisée à l'article 4 du Code de commerce : « La femme peut être marchande publique, à moins que son mari ne s'y oppose ». L'article 7 du même Code indique qu'un droit d'opposition est reconnu à l'époux pour mettre fin à l'acti-

(1) Aix 20 juill. 1943 D. 1946.232 note Tunc

vité de la femme comme marchande publique. Ce veto marital provoque, en notre matière, plusieurs questions. Peut-il être valablement formulé à l'encontre d'une promesse synallagmatique souscrite par la femme ? Si oui, dans quelle forme l'opposition devra-t-elle être effectuée, à qui appartiendra la charge de la preuve, quels en seront les effets, suivant quelle procédure pourra-t-elle être levée ?

a) — *Validité de l'opposition maritale.*

A notre avis, deux situations doivent être considérées : la femme qui promet l'achat du fonds de commerce a l'intention de le gérer elle-même ou bien d'en confier la gestion à un tiers (1).

La femme a l'intention de gérer le fonds. — Lorsque la femme promet l'achat du fonds de commerce pour le gérer elle-même, l'opposition maritale est incontestablement valable. La femme, par la conclusion du contrat, accomplit le premier acte de la profession commerciale. Dès cet instant, elle possède la qualité juridique de commerçante, qu'elle désire par la suite conserver. Le mari peut interdire à son épouse une telle activité, s'il l'estime nuisible aux intérêts matériels et moraux de la famille. La Cour d'appel de Grenoble se prononce en ce sens dans son arrêt du 22 juin 1949 (2) : « Attendu que le Tribunal de commerce de Grenoble a condamné les appelants à restituer aux époux B... la somme de 200.000 francs versée à valoir par Dame B... en vertu d'une promesse de vente déclarée nulle pour défaut d'autorisation maritale ; attendu que cette opposition formelle du mari ne permet pas aux appelants de se prévaloir d'un acte dénué de toute validité ». Cet arrêt doit être approuvé dans la mesure où il admet la validité de l'opposition maritale à la souscription par la conjointe d'une promesse de vente de fonds de commerce. Quand la femme promet pour gérer, l'opposition maritale est valable. Le mari n'est pas obligé d'attendre que son épouse soit installée dans l'établissement pour manifester son veto. L'opposition préventive est parfaitement licite (3) et comporte de grands avantages. L'article 4 du Code de commerce ne l'interdit nullement.

La femme a l'intention de louer le fonds. — Nous nous heurtons à des difficultés considérables dans le cas où la femme promet l'achat du fonds avec l'intention de recourir à la location-gérance. C'est en cette seconde hypothèse que l'opposition maritale est contestable. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence (4) juge que le mari ne peut s'opposer à l'acquisition par sa femme d'un fonds de commerce, donc, a fortiori, à une promesse d'achat : « Attendu que l'acquisition d'un fonds de commerce ne se heurte nullement aux dispositions de l'article 4 du Code de commerce ; que l'acquisition d'un tel fonds, acte de commerce isolé

(1) Hamel et Lagarde n° 359 ; Jauffret R.D.C. 1950 p. 42

(2) D. 1949.614

(3) Boitard note sous Paris 7 déc. 1940 S. 1943.2.18 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. III n° 54 ; J.C.C. fasc. VIII n° 59

(4) Aix 20 juill. 1943 D 1946.232 note Tunc — dans le même sens, Req. 24 avr. 1861 D.P. 1861.1.256

n'implique pas à elle seule l'exercice de la profession de commerçant et si le mari veut refuser l'autorisation à sa femme d'exploiter personnellement, il ne peut interdire l'achat fait en application de la loi du 13 juillet 1907 ».

Cet arrêt a une grande portée, car il ne concerne pas seulement le cas où la femme a l'intention de louer l'établissement, mais également celui où elle désire le gérer personnellement. Dans cette dernière hypothèse, il est impossible, selon nous, de considérer l'acquisition du fonds de commerce et même la promesse d'achat, comme un acte de commerce isolé. Un tel raisonnement se heurte à la jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation (1) qui affirme la commercialité de l'achat et, par voie de conséquence, de la promesse d'achat de fonds de commerce et attribue aux deux parties contractantes la qualité de commerçant. Par contre, nous devons avouer que les arguments avancés par la Cour d'appel d'Aix sont singulièrement forts lorsque la femme a l'intention de louer l'établissement. Dans cette éventualité, l'acte de commerce est isolé, puisqu'il ne sera pas suivi d'exploitation personnelle. Il en résulte que son auteur ne possède pas la qualité juridique de négociant. Le mari semble, dans cette occurrence, ne point pouvoir s'opposer valablement à la conclusion par son épouse d'une promesse d'achat de fonds de commerce. Nous estimons cependant que la loi du 20 mars 1956 sur la location-gérance des fonds de commerce (2) commande une solution contraire à celle de la Cour d'appel d'Aix.

En effet, la femme ne pourra jamais, sous l'empire de la nouvelle réglementation, recourir à la location-gérance, puisque les personnes physiques qui concèdent une location-gérance doivent avoir été commerçantes pendant sept années et avoir exploité pendant deux années au moins le fonds mis en gérance. Par définition, l'épouse qui projette l'acquisition d'un établissement commercial ne remplit jamais la dernière condition exigée par le texte de loi. Elle a sans doute, dans cette hypothèse, le droit de solliciter l'autorisation de justice. Mais, à notre sens, le président du tribunal civil doit repousser sa requête, car la conjointe qui veut confier l'exploitation d'une maison de commerce à un gérant libre désire en réalité accomplir un placement de capital, ce qui est quasiment interdit par la loi du 20 mars 1956.

Pour cette raison, nous pensons que le mari peut s'opposer à la conclusion d'une promesse d'achat de fonds de commerce par sa femme, même lorsque cette dernière prétend faire appel à un gérant libre, car cette prétention est irréalisable en vertu des prescriptions de la loi du 20 mars 1956.

β) — *Forme de l'opposition maritale.*

Cette opposition, le mari peut la manifester de différentes manières : verbalement ou par écrit. Il a intérêt à user du ministère d'un

(1) Req. 26 oct. 1921 D.P. 1921.1.253, Civ. 3 févr. 1930 D.P. 1932.1.28

(2) Voir p. 86

huissier ou, à la rigueur, du procédé de la lettre recommandée avec accusé de réception pour faire part de son veto à sa femme, à l'intermédiaire consulté par cette dernière et au propriétaire de l'établissement dont son épouse projette l'acquisition. Il devra également notifier son opposition au greffier du tribunal de commerce qui la mentionnera sur le registre. Depuis l'entrée en vigueur du décret du 9 août 1953, cette dernière formalité est suffisante, comme nous allons tenter de le montrer en étudiant la preuve de l'opposition maritale.

γ) — *Preuve de l'opposition maritale.*

A qui appartient la charge de la preuve, dans le cas où le mari fait opposition à la conclusion par sa femme d'une promesse d'achat de fonds de commerce ? Au mari, à la femme ou aux tiers ? Les principes qui régissent la preuve permettent de trancher la question. L'opposition maritale fait exception à la règle de la capacité de droit de la femme mariée. C'est donc au mari d'administrer la preuve de son opposition. La jurisprudence est fixée en ce sens (1).

Avant la parution du décret du 9 août 1953, relatif à la réforme du registre du commerce, le mari devait prouver, pour obtenir gain de cause, que les tiers qui avaient traité avec sa femme : le promettant et l'intermédiaire le cas échéant, avaient personnellement connaissance de son opposition au moment de la formation de la promesse de vente. La réforme du registre du commerce opérée par le décret précité facilite singulièrement la tâche du mari. La mention de l'opposition maritale audit registre fera présumer, en effet, que les tiers avaient connaissance de cette opposition. Dorénavant, l'inscription au registre constitue un mode de publicité légale. Cela résulte formellement des articles 63 et 64 nouveaux du Code de commerce : « Les personnes physiques ou morales, édite l'article 63, assujetties à l'inscription au registre du commerce ne peuvent opposer aux tiers avec lesquels elles contractent à raison de leur activité commerciale... les faits sujets à mention visés à l'article 64 ci-après que si ces faits avaient été rendus publics, antérieurement à la date du contrat, par une mention portée au registre à moins qu'elles n'établissent par les moyens de preuve admis en matière commerciale, qu'au moment où ils ont traité, les tiers en cause avaient personnellement connaissance des faits dont il s'agit ». Parmi les faits visés à l'article 64 figure « l'opposition faite par le mari en vertu de l'article 223 du Code civil à l'exercice par sa femme d'une profession commerciale séparée ».

Deux hypothèses doivent être distinguées, selon que la conclusion de la promesse de vente est antérieure ou postérieure à la mention de l'opposition maritale sur le registre du commerce. Lorsque la promesse est conclue antérieurement à la mention du veto sur le registre, le mari ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 63 nouveau du

(1) Nancy 14 mars 1949 S. 1950.2.28 et la note — comp J.C.C. fasc. VIII n° 63 ; Ripert n° 253

Code de commerce. Il devra établir, par les moyens de preuve admis en matière commerciale, qu'au moment de la formation de la promesse de vente le promettant et l'intermédiaire avaient personnellement connaissance de son opposition. Il est donc placé dans la même situation juridique qu'avant la parution du décret du 9 août 1953. Quand, au contraire, l'opposition est mentionnée sur le registre avant la conclusion du contrat, le mari est, d'après nous, en droit d'invoquer les prescriptions des articles 63 et 64 nouveaux du Code de commerce, en vertu desquels les tiers sont censés connaître l'existence de son opposition.

Si on procédait à une interprétation littérale de ces textes, on serait cependant contraint de formuler une conclusion différente de celle que nous venons d'indiquer. On raisonnerait de la façon suivante : « En notre matière », soutiendrait-on, « seule la femme doit être inscrite au registre du commerce. Le mari n'est pas soumis à cette formalité. Or, seules les personnes assujetties à l'inscription peuvent opposer aux tiers avec qui elles contractent dans l'exercice de leur activité commerciale les faits sujets à mention. Donc, seule la femme peut se prévaloir, à l'encontre du promettant et de l'intermédiaire, de l'existence du veto de son époux mentionné au registre. Le mari, lui, ne le peut pas ». Ce raisonnement serait très convaincant s'il n'aboutissait à une conséquence inadmissible : l'inutilité des articles 63 et 64 nouveaux du Code de commerce en ce qui concerne l'opposition maritale à l'exercice par la femme d'une profession commerciale séparée.

Il n'est pas vrai, en effet, que la conjointe puisse se prévaloir dans ses rapports avec le promettant et l'intermédiaire de l'opposition maritale pour se libérer de ses obligations. Sans doute, les engagements pris par la femme dans l'exercice d'une profession sont nuls à l'égard du mari si les tiers avec qui elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition au moment où ils traitent avec l'épouse (art. 223 C. civ.), mais, quelle que soit la manière dont on interprète ce texte, une chose est certaine : la femme capable en droit conformément à l'article 216 du Code civil ne peut soutenir que la promesse de vente est nulle en raison de l'opposition de son mari. C'est dire que les articles 63 et 64 nouveaux du Code de commerce seraient dépourvus de tout effet relativement à l'opposition maritale à l'exercice par la femme d'une profession commerciale séparée (1). Nous ne pouvons admettre cette conséquence, pas plus que nous ne pouvons soutenir que le décret du 9 août 1953 porte atteinte à l'article 216 du Code civil et ressuscite partiellement l'ancienne incapacité de la femme mariée (2). L'épouse dont les projets sont entravés par l'opposition maritale n'est pas une incapable. Les contrats qu'elle passe sont valables aussi longtemps que le mari n'en demande pas la nullité. L'interprétation littérale des arti-

(1) Lorsque la femme conclut une promesse de vente de fonds de commerce, elle n'est pas encore inscrite au registre du commerce. C'est une raison supplémentaire pour écarter l'interprétation littérale.

(2) Une personne incapable est en droit d'opposer aux tiers son défaut de capacité.

cles 63 et 64 est donc impossible, parce qu'elle mène à une impasse. La logique invite à reconnaître au mari le droit d'opposer aux tiers : promettant et l'intermédiaire, la mention de son veto sur le registre du commerce, puisque lui seul est en mesure de réclamer la nullité de la promesse litigieuse. Cette opinion possède également l'avantage d'être conforme à l'esprit de la réforme du registre du commerce (1).

8) *Effets de l'opposition maritale.*

Supposons que le mari ait administré la preuve de son opposition. Quels seront les effets de cette dernière ? Il s'agit, en cette matière, de distinguer soigneusement deux hypothèses : celle de l'antériorité et celle de la postériorité du veto marital par rapport à la conclusion de la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce.

Dans le cas où l'époux manifeste son opposition avant la signature de la promesse par sa femme, celle-ci devrait s'abstenir de parapher le contrat envisagé. Elle peut néanmoins passer outre et conclure la promesse projetée. Puisque cette convention est formée postérieurement au veto marital, elle est susceptible d'être annulée à la demande du mari pour défaut de capacité de l'épouse conformément à l'article 7 du Code de commerce (2). Dans cette hypothèse, la juridiction saisie doit prononcer l'annulation de la promesse et ordonner la restitution du dédit éventuellement versé par la femme. La nullité du contrat principal entraîne, en effet, celle de la clause accessoire. C'est la solution à laquelle s'est ralliée la Cour d'appel de Grenoble (3).

Quand le mari use de son droit de veto après la conclusion par sa conjointe de la promesse bilatérale de vente de fonds de commerce, la validité de celle-ci ne peut être contestée. Si la femme fait preuve de docilité, elle n'exécutera pas ses engagements contractuels et n'effectuera point l'achat de l'établissement. En conséquence, le dédit sera à payer (4) s'il n'a déjà été consigné entre les mains d'un intermédiaire. Le promettant sera en mesure, le cas échéant, d'en réclamer le versement au mari et, à cette fin, d'assigner celui-ci devant le tribunal civil. Nous estimons que les solutions valables avant la promulgation de la loi du 22 septembre 1942 doivent être maintenues et que le mari doit être considéré comme caution solidaire de sa femme commerçante, non plus en vertu d'une manifestation de volonté, mais en raison d'une injonction légale. « La femme, marchande publique,... oblige son mari, s'il y a communauté entre eux ». L'obligation du mari est donc de nature civile et le rend justiciable des juridictions de droit commun (5). Cette

(1) Comp. Hamel et Lagarde n° 359

(2) Dans ce sens Hamel et Lagarde n° 359 — en sens contraire, Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. III n° 57 ; Escarra n° 172

(3) 22 juin 1949 D. 1949.614

(4) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. III n° 57 ; Hamel et Lagarde n° 359

(5) Dans ce sens Hamel et Lagarde n° 358 et références citées — en sens contraire Escarra n° 176

opinion était adoptée par la jurisprudence avant la loi de 1942 (1). La Cour d'appel de Nancy (2) s'est prononcée nettement en sens contraire dans un arrêt rendu le 11 mars 1949 où elle admet la compétence du tribunal de commerce. Si l'épouse, négligeant l'opposition de son mari, paraphe l'acte définitif d'achat du fonds de commerce, le chef de famille sera en droit de réclamer en justice l'annulation de cet achat.

e) — *Mainlevée de l'opposition maritale.*

Le problème perdrait de son acuité, si l'opposition était levée, soit par le mari lui-même, soit par le tribunal saisi du litige. La mainlevée volontaire ne suscite aucune difficulté. Si le mari, après mûres réflexions, estime finalement que la promesse d'achat du fonds de commerce n'est pas incompatible avec les intérêts de la famille, il accordera mainlevée. L'obstacle marital à la capacité de droit de la femme mariée sera supprimé. L'épouse pourra valablement souscrire en qualité de bénéficiaire la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce qu'elle médite. De même, si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, en vertu de l'article 223 du Code civil.

X — FAILLI

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

Le failli peut-il valablement promettre la vente de son fonds de commerce ? Nous examinerons le problème de sa capacité à différentes époques : avant la date de cessation des paiements, entre cette date et celle du jugement déclaratif, enfin après le jugement déclaratif.

a) — Avant la date de cessation des paiements :

La promesse de vente de fonds de commerce souscrite avant la date de cessation des paiements est, en principe, valable. Elle est cependant menacée de révocation, en vertu de l'article 1167 du Code civil, en cas de concert frauduleux entre le promettant dont la faillite est ensuite prononcée et le bénéficiaire de la promesse (3). Il convient de remarquer que la promesse de vente est alors inopposable au créancier demandeur, mais continue à produire ses effets entre les contractants. Lorsque la convention a été signée dans les quinze jours précédant la date de cessation des paiements, elle peut être déclarée « nulle et sans effet à l'égard de la masse », si elle déguise une donation partielle ou une dation en paiement (4). Dans le cas où la promesse de vente échappe à l'application de l'article 1167 du Code civil, le béné-

(1) Civ. 1^{re} avr. 1914 S. 1914.1.345 ; Trib. com. Le Havre 4 juill. 1938 Rec. Hav. 1938.1.207

(2) J.C.P. 1949.2.5187 note Saint-Alary

(3) Comp. Civ. 11 juill. 1934 D.H. 1934.441

(4) Req. 5 avr. 1875 D.P. 1876.1.37

ficiaire est en droit de poursuivre la réalisation du contrat malgré la faillite de son cocontractant. Il doit seulement prendre la précaution de remettre le prix d'acquisition du fonds au syndic, qui peut d'ailleurs faire opposition entre les mains de l'acquéreur.

b) — Entre cessation des paiements et jugement déclaratif :

Le commerçant en état de cessation de paiements qui signe une promesse de vente de son fonds de commerce, risque « l'annulation » du contrat en vertu de l'article 42 du décret n° 55-583 du 20 mai 1955 ainsi libellé : « Tous actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements ». Deux conditions doivent donc être réunies pour que la nullité de la promesse puisse être prononcée : le contrat doit causer préjudice à la masse, le bénéficiaire doit avoir eu connaissance de la cessation des paiements au moment de la conclusion de la convention. Les tribunaux disposent, par ailleurs, d'un pouvoir d'appréciation et peuvent fort bien ne pas annuler la promesse quand les deux conditions ci-dessus énoncées sont réalisées. Malgré l'expression légale, la promesse est maintenue dans les rapports du promettant et du bénéficiaire. Elle est seulement inopposable aux créanciers de la masse. Evidemment, le bénéficiaire qui ignorait que son cocontractant était en état de cessation de paiements est en droit de solliciter la nullité du contrat pour vice du consentement (1). Il peut, d'autre part, à supposer que la promesse ne soit pas annulée, en poursuivre l'exécution à condition de s'acquitter du paiement du prix entre les mains du syndic.

c) — Après le jugement déclaratif :

Le jugement déclaratif de faillite a pour effet de dessaisir le failli de l'administration de son patrimoine. Une promesse de vente de fonds de commerce consentie par le failli après le jugement déclaratif serait donc inopposable aux créanciers. L'article 67 du décret du 20 mai 1955 permet par contre au syndic de procéder à la promesse de vente de l'établissement du failli sur autorisation du juge-commissaire (2). Ce dernier ne devra autoriser la promesse que s'il l'estime opportune tant pour les intérêts de la masse des créanciers que pour ceux du failli lui-même.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

« Le failli n'est pas en état d'interdiction ; il a la faculté, en exerçant son activité personnelle, de se créer des ressources ; une telle faculté implique nécessairement pour lui la faculté de stipuler et s'obliger » (3). Il est par conséquent capable, d'après le droit commun,

(1) Comp. Trib. com. Toulouse 3 nov. 1953 J.C.P. 1954.1.8357

(2) Voir Montpellier 26 juin 1936 D.H. 1936.516, Ripert n° 2614

(3) Cohen n° 111 ; Req. 18 avr. 1932 D.H. 1932.266

de se réserver le bénéfice d'une promesse de vente. Le dédit n'est même pas pour lui un obstacle insurmontable : il peut emprunter la somme auprès de tiers. Il suffit que les fonds soient étrangers à la faillite.

La loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles interdit au failli d'entreprendre une de ces professions. La souscription d'une promesse unilatérale, acte de commerce isolé qui ne confère pas à son auteur la qualité de commerçant, n'est donc pas prohibée.

La conclusion par le failli d'une promesse synallagmatique en tant que bénéficiaire peut, au contraire, être effectuée en violation de l'article 1-12° de la loi précitée, puisqu'une telle opération constitue le premier acte de la profession commerciale. L'application de cette prescription légale est délicate. Pour élucider le problème, éliminons d'abord les cas dans lesquels le failli est capable indiscutablement de souscrire en qualité de bénéficiaire une promesse bilatérale. Le failli qui est réhabilité ou relevé de l'interdiction d'entreprendre une profession commerciale et industrielle par la juridiction qui a statué ou encore dont la période d'incapacité fixée par le tribunal est expirée peut promettre l'achat d'un fonds.

Par contre, il y a discussion lorsque le failli est encore sous le coup de l'interdiction légale, soit que la juridiction saisie ait refusé de l'en relever, soit que l'intéressé ait omis de se prévaloir des dispositions de l'article 5, soit enfin que le temps d'incapacité n'ait pas encore pris fin. Quand son établissement est vendu pour le compte de la masse en vue du désintéressement des créanciers, le failli perd sa qualité de commerçant. S'il acquiert ou promet d'acquérir un nouveau fonds, il entreprend une profession commerciale. Il se heurte à l'interdiction de la loi et commet un délit pénal.

La question est beaucoup plus épineuse, dans le cas où l'établissement n'est pas vendu et que le failli désire en acheter un autre avec des capitaux d'emprunt. Sans doute, le failli est-il capable de conclure une promesse de vente, car la loi du 30 août 1947, en dépit d'une terminologie défectueuse, n'édicte pas une incapacité, mais institue une interdiction dont la violation constitue un manquement à la loi pénale. L'objet du débat est donc celui-ci : le failli toujours commerçant se rend-il coupable du délit prévu par l'article 6 de la loi précitée, lorsqu'il promet d'acquérir un fonds nouveau ?

Une interprétation littérale du texte légal est soutenue par une partie de la doctrine (1). Le failli n'a jamais cessé d'être négociant, affirme-t-on, en acquérant un nouvel établissement, il n'entreprend pas, mais continue l'exercice d'une profession commerciale antérieure et, par suite, n'est l'objet d'aucune interdiction.

(1) Palmade : la loi du 30 août 1947 J.C.P. 1947.1.669 ; Ripert : L'assainissement des professions commerciales et industrielles D. 1947 chr. p. 141

Selon nous, cette opinion n'est pas fondée. La loi vise à assainir les professions commerciales et industrielles en écartant des personnes qu'elle estime indésirables. Or, parmi celles-ci, figurent les faillis non réhabilités. Leur permettre néanmoins l'acquisition d'un fonds de commerce nouveau, c'est aller, à notre avis, à l'encontre du but poursuivi par le législateur et instituer au profit de cette catégorie d'individus un régime de faveur incompréhensible. Nous croyons trouver, à l'appui de notre opinion, un argument de texte dans l'article 4 qui ordonne aux commerçants et industriels en faillite de cesser leur activité dans un délai de trois mois à compter du moment où la décision est devenue définitive. Le législateur indique ainsi, d'une façon nette, son intention d'éliminer des professions commerciales et industrielles les commerçants faillis. Il nous semble donc plus conforme à l'esprit du texte de conclure que le failli non réhabilité, non relevé de l'interdiction, commet un délit pénal en acquérant un nouvel établissement commercial ou en souscrivant en qualité de bénéficiaire une promesse synallagmatique (1).

XI — COMMERÇANT ADMIS AU RÈGLEMENT JUDICIAIRE

Il est intéressant d'examiner le sort d'une promesse de vente conclue par un commerçant admis au règlement judiciaire, d'une part en qualité de promettant, d'autre part, en tant que bénéficiaire.

A) — EN QUALITÉ DE PROMETTANT :

Une promesse de vente paraphée avant la date de la cessation des paiements ou après le jugement déclaratif est-elle valable ? Le commerçant qui bénéficie d'un règlement judiciaire peut valablement souscrire une promesse de vente de son fonds de commerce avant la date de la cessation des paiements. Cette convention sera maintenue. Son annulation, fondée sur l'article 139-8° du décret du 20 mai 1955, entraînerait la conversion du règlement judiciaire en faillite. Sous l'empire du décret précité, il nous paraît, au contraire, que le négociant admis au règlement judiciaire n'a pas le droit de promettre la vente de son établissement, même avec l'assistance de l'administrateur. L'article 37 de ce texte dispose, en effet, que « le jugement qui prononce le règlement judiciaire emporte, à partir de sa date, assistance obligatoire du débiteur par l'administrateur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens dans les conditions prévues aux articles 67 à 71 ». Or, l'article 67 énonce que « le débiteur peut, avec l'assistance de l'administrateur, vendre les objets soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver... ». Par un raisonnement *a contrario*, il nous semble donc que le commerçant admis au règlement judiciaire ne peut promettre la vente de son fonds de commerce, bien incorporel non visé par la précédente stipulation légale.

(1) *Comp. J.C.C.* fasc. VIII n° 131 et suivants

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

Le commerçant admis au règlement judiciaire est capable, par contre, de conclure en tant que bénéficiaire une promesse unilatérale ou synallagmatique. La loi du 30 août 1947 n'édicte à son sujet aucune interdiction. L'assistance de l'administrateur à la formation de la promesse n'est même pas nécessaire. Comme le failli, le négociant admis au règlement judiciaire doit se procurer des valeurs étrangères à celles affectées au désintéressement des créanciers.

XII — ETRANGER

A) — EN QUALITE DE PROMETTANT :

L'étranger propriétaire d'un fonds de commerce en France est capable d'en promettre la vente en toute liberté, quand il réside sur notre territoire. L'étranger non-résidant doit se conformer aux prescriptions de l'article 51 du décret du 15 juillet 1947 (1) qui soumet à l'autorisation du Ministre des finances les opérations de cession de fonds de commerce situés en France, lorsque ces opérations sont effectuées par ou pour le compte d'un étranger non-résidant. Il semble par conséquent qu'une promesse synallagmatique de vente soit assujettie à cette autorisation, qui nous paraît au contraire superflue dans le cas où la promesse est de nature unilatérale.

B) — EN QUALITE DE BENEFICIAIRE :

A propos de l'étranger bénéficiaire d'une promesse, deux problèmes se posent : celui de la capacité de jouissance et celui de la capacité d'exercice.

a) — Capacité de jouissance :

Un étranger veut conclure une promesse de vente en qualité de bénéficiaire. Est-il l'objet, en raison de sa qualité d'étranger, d'une interdiction irrémédiable ? Dispose-t-il du droit de faire le commerce sous certaines conditions ? Sa capacité en la matière est-elle celle de tout citoyen français ? La capacité de jouissance diffère suivant que l'étranger réside ou non en France.

1) — A l'égard du résidant :

Notre pays reconnaît aux étrangers qui résident sur son territoire la capacité de faire le commerce. Cependant, certains textes législatifs la restreignent et introduisent ainsi une différence entre le traitement du Français et celui réservé à l'étranger. Il s'agit, en premier lieu, du décret-loi du 17 juin 1938, dont l'article 1 énonce que « les étrangers autorisés à résider sur le territoire français qui voudront y exercer une profession industrielle, commerciale..., jouiront dans le cadre des lois et règlements d'un traitement équivalent à celui qui s'applique dans

(1) Voir rép. min. Déb. Cons. Rép. J.O. 1950 p. 493 ; Loussouarn R.D.C. 1950 p. 509

leur pays d'origine aux étrangers et spécialement aux Français de la même profession ». Cette disposition institue une réciprocité de fait, rendue souvent illusoire par des conventions internationales. Un autre décret-loi, du 12 novembre 1938, plus sévère, introduit en France l'usage de la carte de commerçant étranger, délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité. On discute beaucoup (1) sur le point de savoir si cette carte de commerçant étranger a été abrogée implicitement par les articles 7 et 35 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. La Cour de cassation (2) s'est prononcée pour le maintien en vigueur de la carte, mais des juridictions inférieures (3) ont émis l'opinion opposée. La doctrine est également divisée. Il ne nous appartient pas ici d'examiner cette controverse qui n'est pas spéciale aux promesses de vente de fonds de commerce. De toute manière, la carte continue à être délivrée par l'Administration qui peut se prévaloir de la jurisprudence de la Cour suprême. L'étranger a, par suite, tout intérêt à s'en munir avant de signer une promesse d'achat de fonds de commerce. Il peut, au contraire, se réserver le bénéfice d'une promesse unilatérale sans en être possesseur, puisqu'il effectue dans ce cas un simple acte de commerce isolé.

2) — **A l'égard du non-résident :**

La capacité de jouissance de l'étranger non-résident est réduite par le décret du 15 juillet 1947 (4) qui dispose que « sont soumises à l'autorisation du Ministre des finances les opérations d'acquisition... de fonds de commerce situés en France, lorsque ces opérations sont effectuées par ou pour le compte d'un non-résident ». L'étranger non-résident peut donc souscrire en tant que bénéficiaire une promesse unilatérale de vente, non translatrice de propriété, sans avoir obtenu cette autorisation ministérielle, indispensable par contre quand il promet l'acquisition d'un fonds de commerce sis en France.

b) — **Capacité d'exercice :**

Nous venons de montrer que l'étranger est, sous certaines conditions, titulaire du droit de faire le commerce en France. Quelle loi faut-il consulter pour savoir s'il est capable de devenir commerçant : la loi personnelle ou la loi française ? Supposons qu'un étranger, âgé de moins de vingt et un ans, désire acquérir un établissement dans notre pays et qu'il soit réputé majeur d'après sa loi nationale, alors que la législation française le considère comme mineur, donc comme

(1) Pour le maintien en vigueur : Chavrier, note sous Lyon 16 févr. 1952 D. 1952.801, Cohen n° 104, Hamel et Lagarde n° 361, Jauffret R.D.C. 1949 p. 293, J.C.C. fasc. VIII n° 152, Plaisant R.D.C. 1948 p. 178, Ripert n° 237 — en sens contraire : Escarra n° 145, Perrin S. 1946.5.83

(2) Crim. 15 juin 1950 D. 1950.500 — solution implicite identique Paris 2 mars 1954 et 1^{er} avr. 1954 S. 1955.2.24

(3) Trib. corr. Chambéry 22 oct. 1948 J.C.P. 1949.2.4795 ; trib. corr. Le Mans 21 nov. 1949 G.P. 1950.1.117 ; Dijon 14 déc. 1950 D. 1951.320

(4) Rép. min. J.O. Cons. Rép. 1950 p. 493 ; Loussouarn R.D.C. 1950 p. 509

incapable. Est-il oui ou non maître de ses droits ? C'est le problème de la capacité d'exercice, dont la solution diffère, à notre avis, suivant la nature de la promesse.

Puisque la promesse unilatérale est un acte de commerce qui ne confère pas à son auteur la qualité de commerçant et que les intérêts de la clientèle française ne sont pas à protéger, le grand principe du droit international est, d'après nous, applicable : la capacité d'exercice est régie par la loi personnelle (1).

Dans l'hypothèse où la promesse est de nature synallagmatique, nous estimons au contraire qu'il convient de consulter la loi française pour déterminer si tel étranger est capable ou non d'être négociant et, en conséquence, de parapher en qualité de bénéficiaire une promesse bilatérale. La capacité de faire le commerce doit être englobée, selon nous, dans le statut de la profession commerciale (2) qui édicte non seulement des obligations, auxquelles les étrangers sont évidemment assujettis, mais aussi des conditions d'admission : la capacité de faire le commerce est distincte de la capacité civile. Il nous semble, par suite, que l'étranger doit subir la règle du jeu commercial applicable sur notre territoire et ce d'autant plus que les intérêts de la clientèle française sont, en cette occurrence, à sauvegarder. La jurisprudence demeure cependant favorable à l'application de la loi nationale dont les conséquences fâcheuses peuvent d'ailleurs être évitées par le recours à l'exception d'ordre public.

XIII — CAPACITE DU BENEFICIAIRE ET LOIS D'INTERDICTION

Enfin, pour déterminer la capacité du bénéficiaire d'une promesse de vente de fonds de commerce, ne doit-on pas tenir compte des lois qui édictent une interdiction d'entreprendre une profession commerciale à l'encontre de certains individus ? Il faut examiner les conséquences de cette législation, se demander en particulier si ces lois ont pour effet d'accroître le nombre des incapables. Etudions donc le champ d'application et l'effet de ces interdictions.

A) — CHAMP D'APPLICATION DES INTERDICTIONS :

Deux lois énoncent une interdiction qui nuit, en pratique, à la conclusion d'une promesse de vente de fonds de commerce : celle du 30 août 1947 et celle du 14 avril 1952 (3). La loi du 30 août 1947 déclare que ne peuvent entreprendre une profession commerciale ou industrielle certains individus, énumérés à l'article 1 (4). La liste est fort longue. Il suffit de se rapporter au texte, pour savoir si telle personne déter-

(1) Dans le même sens Hamel et Lagarde n° 354 ; J.C.C. fasc. VIII n° 166 Ripert n° 231

(2) Dans le même sens J.C.C. fasc. VIII n° 166 ; Ripert n° 231 — en sens contraire, Cohen n° 109 note 1 ; Hamel et Lagarde, n° 354

(3) J.O. 15 avr. 1952 p. 3.923

(4) Hamel et Lagarde n° 105 ; *Palmade J.C.P. 1947.1.689* ; Ripert n° 234 et chr. D. 1947 p. 141

minée qui promet l'achat d'un fonds tombe sous le coup des prescriptions légales. La loi de finances du 14 avril 1952 se préoccupe, quant à elle, des contribuables fraudeurs. Son article 47 § 1 est ainsi libellé : « Les contribuables à l'encontre desquels une plainte a été déposée par l'administration fiscale dans les cas prévus aux articles 1835 et 1837 du Code général des impôts peuvent être frappés de l'interdiction provisoire d'exercer toute profession commerciale, industrielle ou libérale ». Le troisième paragraphe de ce même article ajoute : « L'interdiction d'exercer devient de plein droit définitive si le contribuable est condamné par les tribunaux judiciaires à une peine d'emprisonnement ou à une amende. Le tribunal fixera la durée de l'incapacité prévue à l'alinéa précédent lors du prononcé du jugement. La durée de cette incapacité ne pourra être inférieure à 5 ans ». Les contribuables qui n'accomplissent pas leur devoir fiscal peuvent être l'objet d'une interdiction provisoire d'exercer une profession commerciale et, par suite, de conclure en qualité de bénéficiaire une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce. Cette mesure, abandonnée à la discrétion du pouvoir exécutif, est prononcée par arrêté conjoint du président du conseil, du ministre de la justice et du ministre des finances, après avis d'une commission départementale composée du préfet, des présidents des tribunaux civil et de commerce, du président de la Chambre de commerce et du trésorier-payeur général. Dangereuse entorse au principe de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir exécutif prononce l'interdiction à un moment où l'individu doit être présumé innocent, puisqu'il n'est pas encore condamné par l'ordre judiciaire. La hantise de la fraude fiscale ne justifie pas un tel procédé. Les mêmes contribuables, condamnés à une peine d'emprisonnement ou d'amende par les tribunaux, doivent être frappés d'une interdiction définitive d'exercer une profession commerciale pendant une durée qui ne peut être inférieure à 5 ans.

B) — EFFET DES INTERDICTIONS :

Ces prescriptions des lois du 30 août 1947 et du 14 avril 1952 ont-elles pour effet d'allonger la liste des incapables du droit commun ? On pourrait le penser, puisque le premier de ces textes fait usage du terme « d'incapacité ». En réalité, il s'agit d'une interdiction. La capacité civile du commerçant frappé par cette mesure n'est pas atteinte. Il en résulte qu'une promesse synallagmatique de vente, aux termes de laquelle un individu sous le coup d'une interdiction s'engage à acquérir un fonds, est parfaitement valable. Mais cette personne encourt une sanction pénale édictée par l'article 6 de la loi du 30 août 1947.

Une question mérite d'être posée : à quel moment un individu enfreint-il les dispositions légales relatives à l'interdiction d'entreprendre ou d'exercer une profession commerciale ? Au moment de la conclusion de la promesse ? Ou au moment de la prise de possession du fonds à partir duquel commencent les opérations d'exploitation ? La réponse dépend, selon nous, de la nature juridique de la promesse.

L'individu, en signant une simple promesse unilatérale de vente, ne commet pas d'infraction, puisque la convention qu'il conclut est un acte de commerce isolé et n'entraîne pas entreprise ou exercice d'une profession commerciale. Au contraire, la promesse synallagmatique est translatrice de propriété, attributive de la qualité de négociant et constitue le premier acte de la profession commerciale. Elle provoque ainsi la réunion des éléments constitutifs de l'infraction. La clause de dédit, souvent stipulée dans ce dernier contrat, a pour effet de suspendre l'accomplissement du délit. Si aucun des contractants n'use de la faculté de revirement, la promesse est réputée formée au jour de sa signature, le commerçant est en état d'infraction. Le recours à la faculté de dédit anéantit la promesse, qui est considérée comme n'ayant jamais existé : il n'y a pas d'infraction. Ainsi, le délinquant en puissance dispose d'un bon moyen pour éviter la sanction à laquelle il s'expose : se dédire.

SECTION III

Conditions relatives à l'objet

Une promesse de vente de fonds de commerce, unilatérale ou synallagmatique, doit comporter un objet déterminé, licite et moral, sous peine de nullité (1),

I — DETERMINATION DE L'OBJET

Deux éléments sont essentiels pour la détermination de l'objet : le fonds de commerce et le prix.

A) — LE FONDS DE COMMERCE :

Il faut indiquer dans la promesse de vente la situation du fonds de commerce, préciser le nom de la ville et de la rue, le numéro. Cela va de soi. La description détaillée des biens mobiliers qui seront compris dans la cession éventuelle est également indispensable : enseigne, nom commercial, droit au bail, marchandises, matériel, outillage, agencement, le cas échéant, brevets d'invention et distinctions honorifiques, la licence pour les débits de boisson. Puisqu'une promesse de vente de fonds de commerce emporte obligatoirement cession de la clientèle et de l'achalandage, substance de l'établissement, il nous paraît superflu de mentionner ces éléments dans le contrat. Très souvent, les praticiens omettent de faire un inventaire du matériel et de l'outillage. Un tel procédé est dangereux, provoque des contestations au moment de la prise de possession et favorise même des soustractions frauduleuses opérées par des promettants peu scrupuleux.

(1) Req. 24 avr. 1929 D.H. 1929.283 ; 1^{er} juin 1932 S. 1932.1340 ; Angers 4 févr. 1941 G.P. 1941.1.229

Il est, par contre, inutile pour la validité du contrat de faire l'inventaire du stock le jour de la signature de l'acte. Il suffit de signaler que la vente englobera les marchandises en magasin au jour fixé pour la délivrance. A part l'absence critiquable d'une description minutieuse du matériel et de l'outillage, les promesses de vente constatées par écrit déterminent d'une façon satisfaisante le fonds de commerce.

En revanche, lorsque les parties se lient par simple accord verbal, la détermination du fonds laisse souvent à désirer et amène les tribunaux saisis à prononcer la nullité de la convention intervenue pour défaut d'objet. « Attendu », décide le tribunal civil d'Hazebrouck (1), « que l'unique pièce communiquée par A... ne saurait, à aucun point de vue, constituer à l'égard de C..., ni une vente de fonds de commerce, ni même une promesse de vente, puisque C... a toujours ignoré et ignore encore la nature et la consistance du fonds de commerce offert, des éléments corporels et incorporels et du droit au bail, qui doivent nécessairement composer l'universalité juridique que constitue tout fonds de commerce ». Un tel cas de nullité ne se présenterait pas si les parties faisaient usage de la forme écrite.

B) — LE PRIX :

Le second élément qui importe pour la détermination de l'objet des promesses de vente de fonds de commerce est le prix qui sera dû par le bénéficiaire, s'il se décide à acquérir et à prendre possession du fonds. A défaut d'indication sur ce point, le contrat serait frappé de nullité, conformément aux articles 1591 et 1592 du Code civil. « La vente déclarée nulle pour défaut de prix constitue un acte dépourvu d'existence légale et frappé d'une nullité absolue, qui ne saurait comporter ni confirmation ni ratification » (2). Un auteur (3) a refusé d'étendre cette solution à la promesse unilatérale, distincte de la vente et par suite non régie par les articles 1591 et 1592 du Code civil. Il a invoqué l'article 1160 du même Code, en vertu duquel le juge doit suppléer dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées et a estimé que les tribunaux avaient le pouvoir de fixer eux-mêmes le montant du prix à l'aide d'une expertise. Cette opinion ne nous paraît pas fondée. La levée d'option transforme la promesse unilatérale en vente dépourvue d'un élément essentiel à sa validité : le prix. La Cour de cassation (4) a partagé notre avis le 28 février 1949. Dans cette affaire, les parties avaient décidé que le prix devait être déterminé à l'aide d'un indice officiel dont la publication était suspendue au moment de la levée d'option. La Cour déclare que la promesse

(1) Trib. civ. Hazebrouck 25 oct. 1950 D. 1950.694

(2) Civ. 4 août 1952 J.C.P. éd. not. 1953.2.7582 — dans le même sens Paris 12 oct. 1956 D. (S) 1957 p. 6

(3) Dautriche p. 33 ; en sens contraire J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c fasc. P2 n^o 37 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 40 ; Ravoire p. 49

(4) Civ. 28 févr. 1949 S. 1949.1.179

est caduque, mais ne recommande nullement le recours à une expertise. Le prix doit donc être déterminé ou déterminable, il doit être aussi convenu, sérieux, réel.

a) — **Prix déterminé :**

Très fréquemment, le prix est indiqué dans la promesse de vente elle-même. C'est évidemment le procédé le plus pratique. Dans certains cas, les contractants n'expriment pas le prix en francs, mais en milliers de francs, voire en millions. La méthode peut susciter des difficultés (1). Dans une affaire soumise à la Cour d'appel d'Angers, le prix était de 420 : « Attendu que si une vente ou promesse de vente suppose un prix déterminé on ne saurait contester en l'espèce la détermination du prix sous prétexte que le sous seing privé, au lieu du chiffre 420.000 francs arrêté entre les parties, ne porte que le chiffre 420 ; que cette négligence regrettable de rédaction ne rend pas douteuses les intentions des contractants ». Le procédé est néanmoins curieux et s'explique peut-être par des préoccupations fiscales.

Promettants et bénéficiaires ont également intérêt à écrire à l'encre le prix dont ils sont convenus. Un jugement du tribunal de commerce de Lyon (2) annule une promesse de vente de fonds de commerce parce que « le prix de vente n'y est indiqué qu'au crayon pour 1.250.000 francs et qu'il n'est donc pas certain qu'il y ait eu accord définitif sur ce prix, condition essentielle aux termes de l'article 1583 du Code civil pour que la vente soit parfaite ». Une telle décision nous semble critiquable. Peu importe, selon nous, la façon dont les parties indiquent le prix. L'essentiel est qu'il soit précisé. Il est nécessaire de mentionner séparément le prix des éléments incorporels, du matériel et des marchandises, tant pour la conservation du privilège du vendeur, si la vente projetée est à crédit, que pour l'accomplissement normal des formalités de publicité (3).

b) — **Prix déterminable :**

Il n'est pas obligatoire que le prix soit déterminé dans la promesse de vente. Il suffit qu'il soit déterminable, conformément à l'article 1592 du Code civil : « Le prix peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ». Un prix peut donc être fixé à dire d'arbitres. Ce n'est pas le seul procédé valable. La jurisprudence élargit le champ d'application de la disposition légale : « La promesse de vente peut parfois être déclarée obligatoire quand, sans stipuler le prix, le vendeur a promis de vendre la chose au prix courant des choses de même espèce, ou pour le prix que la chose sera réputée valoir ou encore s'il a été donné quelques indications équivalentes afin que, dans ce cas, le prix puisse être déterminé et que les bases de cette détermination aient

(1) Angers 11 avr. 1951 J.C.P. 1951.2.6615

(2) Trib. com. Lyon 25 juin 1947 la loi du 5 mars 1948

(3) Comp. Trib. civ. Seine 19 oct. 1957 G. P. 15-18.2.1958.

été posées par les parties elles-mêmes » (1). Les fonds de commerce ne se vendent pas au prix courant ou au prix que la chose est réputée valoir. Ces techniques particulières ne s'adaptent pas à la nature des fonds, biens hétérogènes. Le recours aux factures d'achat est, au contraire, usité. La clause d'échelle mobile qui fixe les bases de détermination du prix est de même employée.

1) — **Prix déterminé à dire d'arbitres :**

En raison des dangers du procédé, on ne confie pas ordinairement le soin de déterminer le prix de vente du fonds de commerce à des arbitres. Si ces derniers ne veulent ou ne peuvent faire l'estimation, il n'y a point de vente. Même s'ils accomplissent leur besogne, leurs conclusions peuvent néanmoins mécontenter acheteur ou vendeur.

Le recours aux arbitres est, par contre, courant, lorsqu'il s'agit de fixer le prix de certains biens mobiliers compris dans l'établissement : les marchandises et parfois même le matériel. On pourrait valablement faire appel à l'arbitrage d'une seule personne. Très souvent cependant, chaque contractant désigne son expert. A défaut d'entente entre les parties, le président du tribunal de commerce nomme lui-même les arbitres qui, le jour de la prise de possession et en présence du cédant et du cessionnaire, déterminent le prix des différents éléments des marchandises en stock et parfois du matériel (2). L'estimation effectuée dans ces conditions ne peut être contestée par le promettant et le bénéficiaire. C'est ce qui différencie l'arbitrage de l'expertise proprement dite, qui ne lie pas les signataires de la promesse. Il faut noter néanmoins que fréquemment dans la pratique l'expert choisi comme technicien joue aussi le rôle d'arbitre, parce que les intéressés conviennent d'avance, au moins implicitement, de se soumettre à son évaluation.

2) — **Prix déterminé à l'aide des factures d'achat :**

Nous avons constaté que la jurisprudence admet la licéité du prix de vente déterminé par référence au prix courant. Quand les parties arrêtent le prix des marchandises, plus rarement du matériel, à l'aide des factures d'achat, elles appliquent en réalité le prix courant, que les factures récentes leur permettent de préciser. Ce procédé est parfaitement valable. Il peut prêter à critique, dans le cas où la rotation du stock n'est pas rapide. Les factures anciennes peuvent fort bien faire état de prix nettement distincts du prix courant, surtout en période de dépréciation monétaire. L'acheteur du fonds de commerce est également fondé à se plaindre, lorsque son cocontractant est en relations d'affaires avec un fournisseur qui pratique des tarifs élevés. A notre avis, l'utilisation des factures d'achat est commode si le stock est fréquemment renouvelé. Les marchandises demeurent-elles longtemps en magasin ? Le recours aux arbitres est alors plus satisfaisant.

(1) Trib. civ. Dunkerque sous Douai 13 août 1873 S. 1874.268

(2) Voir en sens contraire Trib. civ. Toulouse 12 juill. 1956 G.P. 1956.2.252

3) — **Prix déterminé par une clause d'échelle mobile :**

La dépréciation de la monnaie incite les parties à stipuler dans les promesses de vente de fonds de commerce des clauses d'échelle mobile, qui permettront la détermination du prix de vente à l'aide des variations d'un indice : valeur-denrée, valeur-indice. Nous examinerons les conditions de validité et les variétés de ces clauses.

En droit français, un franc vaut toujours un franc. Cette règle, vraie en période de stabilité monétaire, devient une fiction en temps d'inflation. Les particuliers apprennent alors à dissocier valeur nominale et pouvoir d'achat et à ne s'intéresser qu'à celui-ci. Ils se méfient de la monnaie, désirent maintenir une équivalence entre prestations échelonnées dans le temps : ils stipulent des clauses d'échelle mobile. N'est-ce pas là un moyen de refuser la règle du jeu monétaire, le principe du nominalisme ? Une pareille clause n'est-elle pas contraire également au cours forcé, qui oblige les citoyens à ne faire usage dans leurs relations que des billets de la Banque de France ?

La jurisprudence, désireuse à la fois de sauvegarder le crédit de la monnaie nationale et de permettre aux contractants d'assurer une certaine égalité entre leurs prestations, s'est prononcée pour la validité de la clause d'échelle mobile (1). Jusqu'en 1957, les décisions judiciaires reconnaissaient aux parties la faculté de se prémunir contre les variations économiques, mais leur interdisait, en revanche, de se protéger contre les variations monétaires. La Cour d'appel de Besançon (2) déclarait, par exemple, sur ce point : « Doivent être considérées comme valables les clauses d'échelle mobile par lesquelles les parties n'ont pas cherché essentiellement à se prémunir contre la dépréciation de la monnaie, mais seulement à parer aux fluctuations économiques et à leurs conséquences ». Par un arrêt fort important rendu le 17 juin 1957, la Cour de cassation (3), qui affirme la validité d'une clause d'échelle mobile dans un contrat de prêt d'argent et restreint considérablement la portée de l'article 1895 du Code civil, semble abandonner le principe de cette distinction et élargir, par conséquent, le champ d'application de cette clause. Elle juge, en effet, « que l'ordre public n'exige pas, dans le prêt d'argent, une protection des emprunteurs contre la libre acceptation du risque d'une majoration de la somme à rembourser, destinée à conserver à celle-ci le pouvoir d'achat de la somme prêtée apprécié par rapport au coût d'une denrée, dès lors qu'ils peuvent assumer des risques de même importance dans d'autres contrats ». La clause d'échelle mobile, non contraire au principe du nominalisme, fortement ébranlé par cet arrêt de la Cour suprême, ne fait pas, d'autre part, échec au

(1) Req. 1^{er} août 1929 D.H. 1929.441

(2) Besançon 22 juin 1954 J.C.P. 1954.2.8264 — voir également Nancy 31 oct. 1945 D. 1946.163 — comp. Civ. 28 févr. 1949 S. 1949.1.179, 4 nov. 1952 Act. jur. loy. 1953 p. 197 réf. 524, 27 janv. 1953 Act. jur. loy. 1953 p. 325 réf. 850, Paris 22 juin 1953 D. 1954.111

(3) Civ. 27 juin 1957 J.C.P. 1957.2.10093 bis avec conclusions du procureur général Besson

cours forcé puisque les contractants, après avoir déterminé la valeur de leurs prestations par référence à un indice, usent de la monnaie légale au moment du paiement.

En notre matière des promesses de vente de fonds de commerce, la valeur de la prestation du promettant, déterminée à l'aide de l'indice de référence, dépend dans une mesure plus ou moins grande de phénomènes extra-monnaïres. Il est normal, d'autre part, qu'une prestation à faire : la transmission de propriété du fonds, soit évaluée au jour de son exécution, c'est-à-dire au jour de la levée d'option dans le cas d'une promesse unilatérale et au jour de la prise de possession dans l'hypothèse d'une promesse synallagmatique avec dédit (1). Ces arguments objectifs suffisent à justifier la clause. On peut citer en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon le 22 juin 1954 (2) : « Il convient d'observer que, dans un contrat de vente, la dette de l'acquéreur, pour la partie du prix non payée comptant, représente la contrepartie d'une prestation en nature reçue par lui et, par conséquent, une valeur entrée dans son patrimoine et qui est soumise aux variations économiques : la clause d'échelle mobile insérée au contrat litigieux (vente de fonds de commerce), et qui se réfère exclusivement à des considérations économiques, à l'exclusion de toute considération monétaire, marque seulement le souci légitime chez les parties d'assurer une équivalence réelle et équitable entre les prestations différées ».

La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 novembre 1952, estime que le prix peut être valablement déterminé par une clause d'échelle mobile : « Il suffit pour la formation de la vente que le prix soit déterminé en vertu des clauses mêmes du contrat, par voie de relation avec des éléments ne dépendant pas de la seule volonté de l'une ou de l'autre des parties ». La clause doit pouvoir fonctionner aussi bien dans le sens de la hausse que dans celui de la baisse, au profit du promettant comme du bénéficiaire. « Une clause d'échelle mobile jouant uniquement en faveur du créancier est illicite et immorale et doit être annulée par application de l'article 1131 du Code civil (3). Si les indices retenus pour le jeu de la clause cessent d'être publiés, « la promesse de vente devient caduque faute de l'existence, à la date de la levée d'option, d'un des éléments essentiels du contrat par suite de la cessation de la publication de l'indice officiel, qui, assimilable en l'espèce, à la carence prévue par l'article 1592 du Code civil, rend impossible la détermination du prix dans les conditions expressément fixées par la convention » (4). Il est, par suite, prudent de prévoir dans les promesses de vente de fonds de commerce des indices de remplacement.

(1) Comp. Fréjaville : les clauses d'échelle mobile D. 1952 chr. p. 31. Hubert : observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile Rev. trim. 1947 p. 1 et suiv., Toulemon : l'évolution de la jurisprudence en matière de clause d'échelle mobile R.D.C. 1951 p. 663

(2) J.C.P. 1954.2.8264

(3) Grenoble 23 févr. 1954 S. 1954 chr. p. 55

(4) Civ. 28 févr. 1949 S. 1949.1.179

Le prix de vente du fonds de commerce peut donc être valablement déterminé par application d'une clause d'échelle mobile, à condition qu'elle fonctionne au profit du promettant et du bénéficiaire et qu'elle ne soit pas paralysée par le défaut de publication des indices retenus.

Dans notre matière, deux variétés de clauses d'échelle mobile peuvent être utilisées : la clause valeur-denrée et la clause valeur-indice. La clause valeur-denrée établit une relation fonctionnelle entre le prix de vente du fonds à déterminer et le prix d'une denrée particulière. Le choix de celle-ci sera effectué de préférence parmi les marchandises dont la vente est pratiquée dans l'établissement. Cette règle de prudence n'est cependant pas impérative, puisque la Cour de cassation admet la licéité d'une clause faisant varier le prix d'une coupe de bois avec le prix du kilowatt-heure d'électricité (1), et que la Cour d'appel de Besançon (2) estime « qu'il importe peu que l'indice de référence choisi par les parties... soit sans rapport avec la nature de l'exploitation commerciale du fonds de commerce vendu : l'existence d'un tel rapport n'est nullement exigé par la jurisprudence ». La clause valeur-indice permet de déterminer le prix de vente du fonds de commerce d'après les variations d'un indice : indice général des prix de détail à Paris, établi par l'Institut national de la statistique et des études économiques par exemple (3).

c) — **Prix convenu :**

Le prix ne doit pas seulement être déterminé ou déterminable. Il doit être aussi convenu. L'accord des deux parties sur le prix est nécessaire pour la validité de la promesse de vente de fonds de commerce unilatérale ou synallagmatique. Les contractants sont astreints à convenir non seulement du montant du prix, mais aussi des modalités de paiement et des intérêts, lorsqu'ils projettent une vente à crédit. « Le silence gardé par les parties dans un traité relatif à la vente d'un fonds de café quant à la somme qui serait payée le jour de l'entrée en possession et quant aux époques du paiement du surplus » (4) met obstacle à l'exécution du contrat. Dans le cas où le promettant est décidé à faire crédit au futur acheteur, il est donc indispensable de mentionner dans la promesse la somme à verser le jour de l'entrée en jouissance et les modalités de paiement du reliquat : quantum des billets de fonds qui seront émis en la circonstance avec indication du capital et des intérêts, date à laquelle ils devront être honorés, réglementation de la libération anticipée.

(1) Civ. 12 mars 1952 J.C.P. 1952.2.6998

(2) J.C.P. 1954.2.8264

(3) Voir Précigout art. J.C.P. éd. not. 1954.1.1191

(4) Req. 16 avr. 1883 D.P. 1884.1.75 — dans le même sens Orléans 15 janv. 1896 D.P. 1898.2.68, Trib. com. Marseille 25 janv. 1934 J. Marseille 1934.1.335 — comp. Req. 22 nov. 1937 G.P. 1938.1.58.

d) — **Prix sérieux :**

Le prix indiqué dans la promesse de vente de fonds de commerce doit être, de plus, sérieux. En matière de promesse unilatérale, il s'agit de savoir à quel moment cette règle est à observer. La dépréciation monétaire a accru l'acuité de ce problème. Lors de la formation du contrat, les parties conviennent d'un prix qui correspond à la valeur vénale du fonds. Lorsque le bénéficiaire lève l'option, le prix qu'il doit verser au promettant ne semble pas sérieux, parce que, entre temps, la monnaie s'est considérablement dépréciée. Le vendeur essaie alors d'éviter cette mésaventure. Comme il ne peut se prévaloir d'une lésion, puisqu'il s'agit d'une cession de meubles, il argue que le prix n'est pas sérieux et réclame l'annulation de la convention. La Cour de cassation (1) repousse ce raisonnement dans les termes suivants : « Si, en cas de promesse unilatérale de vente, c'est au jour où le bénéficiaire de cette promesse déclare lever l'option que doivent être fixées la valeur du fonds vendu et, le cas échéant, l'existence d'une lésion donnant lieu à rescision, c'est au contraire à la date de la promesse que les juges doivent se placer pour rechercher si le prix stipulé était sérieux ». La promesse unilatérale de vente est soumise aux mêmes conditions de validité que la vente et doit comporter comme elle un prix sérieux. La Cour suprême nous fournit une illustration de ce principe fondamental. Il ne faut pas confondre, d'autre part, prix sérieux et juste prix. Un prix est sérieux quand il ne révèle aucune intention libérale de la part du promettant. Un prix est juste lorsqu'il correspond à la valeur vénale du bien cédé. Un prix sérieux est étranger à la notion de lésion. Pour ces différentes raisons, nous approuvons l'arrêt rendu par la Cour de cassation (2).

e) — **Prix réel :**

Le prix indiqué dans la promesse de vente de fonds de commerce doit, enfin, être réel (3). Même si les contractants désirent dissimuler une partie du prix lors de l'établissement de l'acte définitif, ils ont tout intérêt à faire apparaître dans la promesse le prix réellement convenu. Les intermédiaires professionnels suivent toujours cette règle de prudence. Pour éviter à leurs clients des inconvénients d'ordre fiscal, ils ne procèdent pas à l'enregistrement, cependant obligatoire, du contrat : ils le détruisent après la rédaction de l'acte définitif de cession et le versement par le bénéficiaire de la partie du prix non déclarée au fisc. Cette pratique est sans doute illégale, puisque les contre-lettres stipulant une dissimulation de fraction du prix de vente d'un fonds de commerce sont nulles d'une nullité absolue (4). L'acheteur éprouve cependant les plus grandes difficultés à faire la preuve de la

(1) Civ. 27 janv. 1953 Act. jur. loy. 1953 p. 325 réf. 850

(2) En sens contraire : observations act. jur. loy. 1953 p. 325 réf. 850

(3) Prélignout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 note 13

(4) Art 7 loi 27 févr. 1912

dissimulation en raison de la destruction de l'acte de promesse de vente et de l'absence de témoins. Dans le cas où cette preuve est néanmoins rapportée, par exemple par une reproduction photographique (1), les tribunaux condamnent le vendeur à restituer à l'acheteur la partie du prix qui avait été dissimulée (2).

II — LICEITE ET MORALITE DE L'OBJET

L'objet de la promesse de vente de fonds de commerce, comme de tout contrat, doit être licite et moral. Serait nulle pour illicéité de l'objet la promesse synallagmatique de vente d'une pharmacie à un non-pharmacien. Il nous semble par contre qu'un étudiant en pharmacie pourrait se réserver le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente d'un fonds de pharmacie. Il suffit, en effet, que le bénéficiaire soit diplômé au moment de la levée d'option. Il n'est pas nécessaire qu'il le soit lors de la conclusion de la promesse unilatérale (3). Est de même nulle pour objet illicite, la promesse de vente d'un cercle de jeu : « L'exploitation du jeu, pour en retirer un bénéfice, est tenu, en droit français, pour immorale, donc illicite : ainsi doit être refusé tout droit d'action devant les tribunaux, lorsqu'il s'agit de contestation née d'obligations relatives à cette exploitation ; peu importe même que l'autorité administrative eût accordé l'autorisation, ne pouvant pas modifier le caractère de l'obligation et rendre licite ce qui ne l'est pas » (4). Etaient pareillement nulles pour objet immoral les promesses de vente de maisons de tolérance. La loi du 13 avril 1946 a mis un terme à ce commerce en ordonnant la fermeture des établissements de prostitution. Serait également nulle pour objet illicite la promesse de vente de fonds de commerce qui constituerait un pacte sur succession future (5). « On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit » (art. 1130 C. civ.). Viole cette prescription la promesse unilatérale de vente d'un fonds de commerce, dont la levée d'option ne peut être effectuée qu'après le décès du promettant et pour un prix payable entre les mains des héritiers. Par contre, si le bénéficiaire est en droit de manifester sa volonté d'acquérir avant la mort de son contractant, il n'y a point pacte sur succession future (6), même s'il doit verser le prix aux héritiers du promettant, à la mort de ce dernier.

(1) Trib. com. Béziers 6 mars 1939 D.P. 1939.1.736

(2) Rennes 31 oct. 1923 S. 1924.2.94 ; Rouen 27 nov. 1925 Rec. Hav. 1926.2.61. Civ. 25 juill. 1928 S. 1928.1.351 ; 23 juill. 1934 D.H. 1934.505 ; 29 avr. 1941 D.C. 1943.74 — en sens contraire Lyon 25 juin 1932 S. 1933.2.20

(3) Cohen n° 197 bis

(4) Trib. com. Alger 1^{er} déc. 1924 G.P. 1925.1.506

(5) J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P2 n° 9 : Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n°s 12 à 14

(6) Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 12 — comp. Req. 1^{er} juin 1932 S. 1932.1.340

SECTION IV

Conditions relatives à la propriété

Pour que la promesse de vente de fonds de commerce soit valable, il faut encore que le promettant soit propriétaire du fonds de commerce. S'il en est ainsi, aucune difficulté ne surgit. Les promesses de vente du fonds d'autrui et du fonds indivis suscitent, au contraire, des problèmes épineux que nous devons examiner.

1 — PROMESSE DE VENTE DU FONDS D'AUTRUI

A) — PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE DU FONDS D'AUTRUI :

La promesse synallagmatique de vente du fonds d'autrui est nulle d'une nullité relative (1). Cette nullité résulte de la combinaison de deux textes : les articles 1589 et 1599 du Code civil. Elle présente un caractère relatif. Par conséquent, le bénéficiaire peut seul s'en prévaloir. « La vente (donc la promesse synallagmatique de vente) de la chose d'autrui n'est pas frappée d'une nullité radicale et absolue : elle est simplement annulable et seul l'acheteur (ou bénéficiaire) peut en demander l'annulation, à l'exclusion du vendeur ou de ses créanciers se substituant à lui » (2). La jurisprudence se prononce en faveur de la possibilité d'une confirmation et applique à l'action en nullité la prescription décennale : deux conséquences normales du caractère relatif de la nullité.

B) — PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE DU FONDS D'AUTRUI :

A notre avis, la promesse unilatérale de vente du fonds d'autrui encourt la nullité lorsqu'elle est pure et simple (3). En faveur de cette nullité, on peut invoquer utilement, selon nous, le principe en vertu duquel la promesse unilatérale de vente est soumise aux mêmes conditions de validité qu'une cession à l'exception du consentement d'acquérir du bénéficiaire. Il semble donc que le promettant, comme le vendeur, doit être propriétaire de l'établissement objet du contrat. A l'encontre de cette opinion, on serait tenté de soutenir que la promesse unilatérale pure et simple a des chances d'engendrer une vente licite, chances qu'on devrait respecter. Cet argument nous paraît finalement erroné. Il s'agit, en effet, de savoir si l'opération examinée est valable ou nulle à son origine. Sa transformation ultérieure en un contrat licite ne fait point disparaître sa nullité initiale. En résumé, le bénéficiaire est en droit de réclamer en justice l'annulation de la promesse, parce

(1) Nous envisageons ici le cas d'une promesse pure et simple. Serait au contraire licite une promesse assortie de la condition suspensive que le promettant devienne propriétaire du fonds de commerce, objet de la convention.

(2) Nîmes 16 mai 1927 D.P. 1929.2.68 note Gabolde — dans le même sens Req. 15 janv. 1934 D.H. 1934.97

(3) Par contre, la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est valable quand elle est consentie sous la condition suspensive que le promettant devienne propriétaire de l'établissement

que le promettant a promis la vente de la chose d'autrui et que lui-même désire ne point perdre l'indemnité d'attente fréquemment versée à l'occasion de la signature d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce. Une telle conclusion est cependant controversée (1).

II — PROMESSE DE VENTE DU FONDS INDIVIS

Un copropriétaire peut-il promettre valablement de vendre un fonds de commerce indivis dont il ne détient qu'une quote-part ? Il est nécessaire de circonscrire la difficulté. Il est évident qu'un copropriétaire indivis peut se porter fort pour ses coïndivisaires et assurer que ces derniers vendront également leur quote-part. Dans ce cas, la promesse est valable (art. 1120 C. civ.) : sa réalisation est subordonnée à la ratification des copropriétaires. Il semble possible également d'envisager une promesse sous condition suspensive de partage et d'attribution du tout au promettant, du moins dans un certain délai (2). La question est beaucoup plus délicate en l'absence de toute clause de porte fort et de toute condition suspensive. C'est ce problème que nous allons examiner, en raisonnant d'abord sur le cas d'une promesse synallagmatique puis sur celui d'une promesse unilatérale.

A) — PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE DU FONDS INDIVIS :

D'après la jurisprudence, la promesse synallagmatique de vente du fonds indivis est nulle dans la mesure où elle porte sur la part des copropriétaires et valable dans la mesure où elle a pour objet la part du promettant.

Les décisions judiciaires invoquent, à l'appui d'une telle opinion, l'article 1599 du Code civil qui condamne, on le sait, la vente de la chose d'autrui. Or, celui qui promet la vente de la quote-part de ses coïndivisaires, promet la vente de la chose d'autrui, nulle conformément à l'article précité. Le bénéficiaire peut donc réclamer la nullité d'une telle convention, mais uniquement dans la mesure où elle a pour objet la quote-part des copropriétaires autres que le promettant. Au contraire, la promesse est maintenue, dans la mesure où elle porte sur la part de ce dernier. Il n'y a plus vente de la chose d'autrui, l'article 1599 est hors de question. « Si », juge à ce propos la Cour de cassation (3), « au cas de promesse de vente d'un immeuble indivis, faite par un seul des copropriétaires, la nullité édictée par l'article 1599 du Code civil vicie le contrat relativement aux parties de l'immeuble n'appartenant à l'auteur de la promesse, cette nullité ne s'étend pas de plein droit à la promesse de vente de la partie indivise qui lui appartient ».

(1) En faveur de la nullité : J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P2 n^o 33 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 32 — Contre la nullité : Colin, Capitain et Julliot de la Morandière t. II n^o 865

(2) Comp. Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^{os} 28 et 32 — en sens contraire Planiol et Ripert t. X par Hamel n^o 51

(3) Civ. 22 nov. 1926 S. 1927.1.169 — dans le même sens Civ. 20 juill. 1925 S. 1926.1.221 ; 3 mars 1953 Act. jur. loy. 1953 p. 324 réf. 849

La jurisprudence condamne l'opinion en vertu de laquelle la promesse synallagmatique de vente d'un bien indivis (immeuble ou fonds de commerce) est valable, parce que conclue sous la condition résolutoire du partage à intervenir. « On ne peut soutenir que la vente d'un bien indivis pourrait être considérée comme une vente consentie sous condition résolutoire » (1).

A notre avis, le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente d'un fonds indivis est en droit de poursuivre la nullité de la convention pour le tout en se fondant sur les articles 1110, 1116 et 1636 du Code civil, quand certaines conditions sont remplies (2).

Dans le cas où le bénéficiaire ignore que le fonds est propriété indivise de plusieurs individus, il peut soutenir, selon nous, qu'il a été victime d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose de nature à provoquer l'annulation du contrat. Le caractère indivis ou non indivis de la propriété du fonds de commerce nous semble en effet être une qualité substantielle de la chose. Le bénéficiaire n'a aucunement l'intention d'entrer en indivision avec des personnes qu'il ne connaît pas. Il désire acquérir un fonds, et non pas simplement une quote-part. S'il ne sait pas au moment de la conclusion de la promesse de vente, que l'établissement est un bien indivis, s'il se méprend sur l'étendue des droits du promettant, il est victime d'un vice du consentement : d'une erreur, qui justifie une action en nullité de la convention litigieuse. L'intéressé ne doit pas se prévaloir des dispositions de l'article 1599 du Code civil : il lui faut fonder son action sur l'article 1110 du même Code.

Le bénéficiaire pourrait aussi, à notre avis, appuyer sa demande en nullité sur l'article 1116 du Code civil, arguer de l'existence d'un dol, si son cocontractant a gardé le silence sur le caractère indivis de la propriété du fonds de commerce. Le promettant, en ne révélant pas à l'autre partie qu'il est simplement coindivisaire du bien à vendre, commet une réticence équipollente au dol de nature à entraîner l'annulation de la promesse dans son entier, parce qu'à coup sûr, sans ce dol, le bénéficiaire n'aurait pas contracté.

Pareillement, l'acheteur peut se prévaloir des dispositions de l'article 1636 du Code civil ainsi libellé : « Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente ». Ce texte de loi trouve, d'après nous, son application dans l'hypothèse que nous examinons (3).

Quand l'acquéreur ignore que le fonds de commerce est un bien indivis (ce qui sous-entend que son cocontractant a failli à son obli-

(1) Bordeaux 26 avr. 1926 D.P. 1927.2.103 — dans le même sens Civ. 24 juill. 1866 D.P. 1867.1.36 ; 28 févr. 1894 D.P. 1894.1.235

(2) Comp. Planiol, Ripert et Boulanger t. II n° 2316

(3) Voir Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 51

gation de renseignement), la convention litigieuse doit donc être à notre avis annulée pour le tout et non pas simplement dans la mesure où elle a pour objet la quote-part des copropriétaires autres que le promettant. Cette conclusion diffère de la solution jurisprudentielle. Mais, à notre connaissance, les plaideurs n'ont jamais prétendu devant les tribunaux avoir été victimes d'un vice du consentement. Et ceci explique cela. Nous croyons d'ailleurs trouver dans les arrêts rendus par la Cour suprême en cette matière une confirmation implicite de notre point de vue. La Cour de cassation affirme, en effet, que la nullité édictée par l'article 1599 ne s'étend pas « de plein droit » à la promesse de vente de la part indivise qui appartient au promettant. Par cette expression, « de plein droit », les magistrats semblent admettre la possibilité d'une nullité basée sur d'autres textes.

M. Vialleton défend la thèse de la validité d'une promesse de vente d'un bien indivis en invoquant l'article 883 du Code civil : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Cet article énonce le principe de l'effet déclaratif du partage, en vue de maintenir l'égalité entre les héritiers (1). D'après cet auteur (2), ce texte joue à la fois un rôle destructeur et un rôle créateur. Le rôle destructeur est le plus manifeste : l'anéantissement des aliénations et des constitutions des droits réels consentis par les copropriétaires indivis pendant la période d'indivision en est la conséquence. L'article 883, soutient M. Vialleton, confirme également la validité de conventions dont le sort dépendait du partage. Ne peut-on arguer de ce rôle créateur pour défendre la thèse de la validité de la promesse synallagmatique de vente du fonds indivis ? Ne doit-on pas attendre le résultat du partage pour se prononcer sur la validité d'une telle convention ? Si le fonds de commerce était compris dans le lot du promettant, la promesse synallagmatique de vente serait valable.

Raisonnement de la sorte, c'est accroître excessivement, à notre avis, le rôle créateur de l'article 883. Cet argument ne vaut que pour la part indivise du promettant, mais non pour la quote-part des autres propriétaires. Il est exact que la promesse synallagmatique de vente de la part indivise du promettant est consolidée, si le fonds est mis dans le lot de l'auteur de la promesse. Mais cette consolidation ne s'étend pas à la part des autres coindivisaires. L'article 883 ne fait pas échec à l'article 1599.

Les arguments avancés par M. Vialleton en faveur de la validité d'une promesse synallagmatique de vente d'un bien indivis nous paraissent donc faibles. Il existe, par contre, d'excellentes raisons pour

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. III n° 1143 ; Planiol, Ripert et Boulanger t. III n° 3.107 ; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton t. IV n° 637

(2) Note Vialleton sous Civ. 22 nov. 1926 S. 1927.1.169

conclure à la nullité de la promesse synallagmatique de vente dans la mesure où elle porte sur la part des autres copropriétaires, et de bons motifs pour frapper de nullité la convention dans son entier en raison du vice du consentement dont est victime le bénéficiaire.

B) — PROMESSE UNILATERALE DE VENTE DU FONDS INDIVIS :

Dans le cas où la convention conclue par l'un des coindivisaires est une promesse unilatérale pure et simple portant sur la totalité du fonds indivis, celle-ci n'est valable, en principe, que dans la mesure où elle porte sur la part du promettant. Elle nous semble, au contraire, devoir être annulée, dans la mesure où elle a pour objet la part des autres copropriétaires, pour des raisons analogues à celles que nous avons exposées à l'appui de l'illicéité de la promesse unilatérale de vente du fonds d'autrui (1). Il convient au surplus de remarquer que le bénéficiaire serait en droit, à notre avis, de réclamer la nullité intégrale du contrat s'il ignorait le caractère indivis du fonds de commerce (2).

(1) Voir p. 139 et 140.

(2) Voir p. 140 à 143.

CHAPITRE IX

CONDITIONS SPÉCIALES DE VALIDITÉ

Les mentions obligatoires

L'article 12 de la loi du 29 juin 1935 exige l'insertion de certaines mentions dans tout acte de cession de fonds de commerce. Pourquoi cette exigence ? La connaissance des intentions du législateur nous permettra d'élucider un problème très controversé et d'une grande importance pratique : celui de l'assujettissement des promesses de vente de fonds de commerce à l'article 12. Après avoir démontré que ce texte nous paraît applicable à ces conventions, nous examinerons la nature des mentions obligatoires et la sanction prévue en cas de défaut des énonciations légales.

SECTION I

Raisons d'être des mentions obligatoires

Pour découvrir les raisons d'être des mentions obligatoires, il faut se rappeler la situation avant le vote de la loi du 29 juin 1935 et consulter les travaux préparatoires.

I — SITUATION AVANT LA LOI DU 29 JUIN 1935

Deux phénomènes caractérisent l'époque antérieure à la loi : la situation économique et les rigueurs juridiques.

A) — SITUATION ECONOMIQUE :

La situation économique peut se résumer en deux termes : prospérité et dépression. Avant que les conséquences de la crise américaine de 1929 soient sensibles en France, donc approximativement avant 1931, les commerçants, grisés par une prospérité qu'ils croient durable, s'enhardissent, imaginent et calculent (1). Hélas, leur hardiesse est téméraire, leur imagination déraisonnable et leurs calculs faux. Ils achètent des fonds de commerce avec leur fortune de demain et songent aux bénéfices futurs pour régler une dette qu'ils contractent aujourd'hui. Ils parient ainsi sur le maintien des recettes actuelles et ils perdent, parce que le krach de Wall-Street déclenche une réaction en chaîne et provoque la crise en France. Nos commerçants aventureux sont punis de leur audace. Ils se plaignent, ils font faillite et, comme ils sont électeurs, ils adressent des doléances à leurs députés. Ils affirment, fréquem-

(1) Comp. Armand Calmel Déb. Sén. J.O. 19 juin 1935 p. 638 ; Maulion Déb. du Sén. J.O. 29 mars 1935 p. 461

ment avec juste raison, qu'ils ont été victimes de manœuvres déloyales accomplies par des vendeurs indéliçats et des intermédiaires peu scrupuleux. Ils désirent que ces journées de dupes ne se renouvellent pas. Les députés ne peuvent pas leur conseiller une action en justice par suite des rigueurs juridiques.

B) — RIGUEURS JURIDIQUES :

La jurisprudence se montrait, en effet, très sévère et elle déboutait le plus souvent les acquéreurs de fonds de commerce qui n'avaient pas pris soin, avant de contracter, de vérifier les dires du vendeur et de l'intermédiaire. Dans le commerce, la méfiance est de règle et la crédulité dangereuse. Faisait-on état de fausses déclarations de recettes ou de bénéfices, de promesses fallacieuses entendues au cours des pourparlers, on ne gagnait pas son procès.

Puisque les textes ne permettaient pas aux tribunaux de mettre fin à de semblables errements, le pouvoir législatif s'est emparé de l'affaire. Pour remédier à de tels abus, assainir l'atmosphère qui entoure les transactions commerciales de ce genre, on a voté la loi du 29 juin 1935.

II — LES INTENTIONS DU LEGISLATEUR

Les événements qui ont amené le vote de la loi jettent déjà une certaine lueur sur les intentions des députés et sénateurs. Celles-ci sont précisées davantage encore par la consultation des travaux préparatoires. Et cependant, on a attaché plus d'importance, lors de la discussion, aux règles transitoires qu'aux dispositions permanentes du texte.

Le législateur manifeste la volonté évidente de rompre avec les pratiques passées et de mettre fin aux rigueurs juridiques que nous venons de dénoncer. M. Maulion, rapporteur de la Commission de législation civile et criminelle au Sénat, s'exprime en ces termes : « Toutes les fois qu'un vendeur a, dans les propos qu'il a tenus à l'acquéreur, indiqué que son fonds de commerce faisait des bénéfices déterminés, sans prendre à cet égard une obligation de garantie, toutes les actions en réduction échouent parce que le vendeur a le droit — passez-moi l'expression — de faire « mousser » son fonds de commerce et que l'acquéreur a le devoir de se renseigner. C'est à cette situation que la Chambre et la Commission de législation civile du Sénat ont voulu mettre un terme ».

Ce même rapporteur précise que les articles 12 et suivants « répondent à une haute pensée de moralisation commerciale » et indique que la loi est votée au profit des acquéreurs de fonds de commerce : « Le titre III précise les mentions qui devront être obligatoirement inscrites dans les actes de vente de fonds de commerce, de manière que les acquéreurs ne soient plus trompés et disposent exactement de tous les renseignements nécessaires pour apprécier, au point de vue financier, le contrat qu'ils passent ».

Le but poursuivi par le législateur apparaît donc nettement. Les auteurs de la loi du 29 juin 1935 désirent protéger les acquéreurs, non seulement contre les manœuvres indécrites de leur vendeur, mais aussi contre leur propre imprudence, grâce à des renseignements sur la valeur et les charges du fonds de commerce.

SECTION II

Promesse de vente et mentions obligatoires

La connaissance des intentions du législateur est d'une grande utilité, lorsqu'il s'agit d'examiner le grave problème de l'assujettissement des promesses de vente de fonds de commerce à la formalité des renseignements légaux. La question est controversée en doctrine et en jurisprudence. Son importance pratique est considérable. La majorité des auteurs est hostile à l'insertion des mentions obligatoires dans les promesses unilatérales, mais favorable à leur énonciation dans les promesses synallagmatiques. La majorité a-t-elle raison ? Après avoir répondu à cette question, nous nous demanderons si les promesses verbales sont soumises à la formalité de l'article 12.

I — PROMESSE UNILATERALE ET MENTIONS OBLIGATOIRES

Les auteurs (1) estiment en général que les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce ne doivent pas comporter obligatoirement les mentions précisées par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Néanmoins, un doute s'insinue dans leur esprit et certains d'entre eux conseillent aux praticiens d'énoncer les renseignements dans de telles conventions. Cette recommandation est-elle dictée par la simple prudence, ou constitue-t-elle un aveu de faiblesse ? Après avoir exposé l'opinion majoritaire, fondée sur la lettre de la loi, nous tenterons de défendre un avis contraire, basé sur l'esprit des prescriptions légales.

A) — OPINION FONDÉE SUR LA LETTRE DE LA LOI :

Cette opinion se présente sous la forme d'un rigoureux syllogisme. Elle s'appuie sur le libellé de l'article 12 : « Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce... le vendeur est tenu d'énoncer... » un certain nombre de renseignements. On fait valoir que les mentions sont obligatoires uniquement dans un acte de cession amiable, donc superflues dans une promesse unilatérale de vente (2). On se plaint à faire remarquer que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale n'est nullement tenu d'acquiescer et qu'il a ainsi la possibilité d'éviter une mauvaise affaire en ne levant pas l'option. Le raisonnement paraît sans défaut. L'opinion littérale est simple. N'est-elle pas simpliste ?

(1) Chaussagnade-Belmin J. not. art. 42.508 ; Escarra n° 257 ; J.C.N. 2^e part. form. v° f. de c. fasc. P2 n° 13 ; Montier p. 16 n° 32 et 33 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 15 ; Ripert n° 507 bis ; Rival mise à jour 1943 p. 4 ; Vencent p. 20 — en sens contraire Cohen n° 197 ; Viatte J. not. 1950 p. 397 art. 43.216

(2) Trib. com. Lyon 29 juill. 1936 G.J.C.L. 1936.309

B) — OPINION FONDÉE SUR L'ESPRIT DE LA LOI :

L'opinion littérale interprète la loi du 29 juin 1935 d'une façon qui nous semble bien étroite. A côté des règles légales édictées par ce texte, il existe un droit des promesses unilatérales de vente. A côté de la lettre, il y a l'esprit de la loi.

Le droit des promesses unilatérales de vente comporte un principe essentiel (1) en vertu duquel ces conventions sont soumises aux mêmes conditions de validité que la vente sauf une : le bénéficiaire consent à prendre acte de la promesse, mais non à acquérir. La seule levée d'option met en branle le mécanisme déjà en place et assure la perfection de la cession sans aucune intervention du promettant. N'oublions pas que la loi du 29 juin 1935 prescrit justement une nouvelle condition de validité à laquelle doit souscrire le vendeur : révéler à son cocontractant certains renseignements sur la valeur et les charges du fonds de commerce. Sous l'empire de la nouvelle législation, le cédant ne doit pas seulement consentir, il doit aussi fournir des indications et éclairer l'autre partie. Puisque le promettant s'engage à céder son fonds, il doit se conformer, à notre avis, dans la promesse unilatérale au même titre que dans la vente définitive à la formalité prévue à l'article 12.

Soutenir l'opinion opposée, comme le fait la majorité des auteurs, c'est provoquer la formation d'une vente annulable, parce que dépourvue des mentions obligatoires. Rien n'oblige, en effet, le bénéficiaire à lever l'option le dernier jour du délai qui lui est imparti, le jour de l'établissement de l'acte de vente. Avant cette date, il peut manifester son consentement d'acquérir. La vente sera alors formée, mais elle sera annulable, parce que le bénéficiaire a consenti à l'acquisition dans l'ignorance des renseignements énoncés par l'article 12. Il est impossible, effectivement, de penser que l'acquéreur éventuel renonce valablement à se prévaloir des mesures de protection prescrites par le législateur dans ce texte. Ces dispositions légales sont d'ordre public, et seule une renonciation postérieure à la conclusion de la cession est licite, parce que, seule, elle est accomplie en connaissance de cause. Donc, le bénéficiaire lève l'option, transforme la promesse unilatérale en vente et, par suite du défaut des mentions obligatoires, est en droit d'intenter une action qui lui évitera peut-être la perte du prétendu « dédit ».

M. Montier (2), qui adopte l'opinion littérale, a pleinement conscience des dangers qu'elle présente. Il estime que le bénéficiaire, avant de lever l'option, peut réclamer la communication des renseignements légaux. Ce système nous paraît en contradiction avec le principe de la validité de la promesse unilatérale de vente sans mentions obligatoires auquel se rallie l'auteur. En effet, avant la levée d'option, la convention présente encore la nature juridique d'une promesse unilatérale. N'est-il pas plus sage et plus pratique d'exiger la stipulation des énonciations légales dans la promesse elle-même ?

(1) Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 10 ; Cohen n° 197 ; Planiol et Ripert t. VI par Esmein n° 147 et références

(2) Montier p. 16 n°s 32 et 33

L'esprit de la loi nous incite à le penser. Nous avons montré à l'aide des travaux préparatoires que le but du législateur était d'éclairer l'acquéreur et de lui permettre une acquisition raisonnable. Ce but n'est pas atteint, si l'article 12 n'est pas applicable aux promesses unilatérales. Le bénéficiaire lèverait l'option en ignorant ces renseignements que le législateur a voulu porter à sa connaissance. Ce serait la résurrection des abus antérieurs, que les auteurs de la loi ont désiré supprimer. En second lieu, les mentions obligatoires doivent permettre à l'acquéreur de contrôler la justesse du prix de vente du fonds de commerce. Pourquoi omettre dans la promesse unilatérale les instruments de contrôle alors que l'élément à contrôler y figure ? C'est à l'aide des indications prescrites que le bénéficiaire prendra une décision réfléchie, lèvera l'option ou abandonnera l'affaire.

A fortiori, les renseignements légaux doivent être insérés dans une promesse unilatérale avec « dédit » à la charge du bénéficiaire. Celui-ci est contraint pécuniairement de lever l'option. Il est alors de toute première nécessité, à notre avis, d'assujettir cette convention à l'article 12. Sinon, des promettants peu scrupuleux n'hésiteraient pas à exercer une industrie lucrative : celle d'encaisseurs de dédit. Il leur suffirait de promettre la vente de leur fonds pour un prix excessif avec stipulation d'un « dédit » à la charge du bénéficiaire. Ce dernier, pour éviter une acquisition désastreuse, abandonnerait l'indemnité. Notre opinion rend impossible une opération aussi sordide.

Les praticiens ne s'y trompent pas, qui prévoient dans les formules de promesses unilatérales de vente l'insertion des mentions obligatoires. Sur ce point, il faut les louer. La jurisprudence, quand elle est saisie de ce délicat problème, le tranche généralement dans le sens que nous indiquons. La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 16 mai 1947 (1), juge à propos d'un acte sous seing privé suivant lequel « il fut convenu que dame C... vendrait à la dame D... qui se réservait la faculté de l'acquérir jusqu'au 1^{er} juin 1945 un fonds de commerce d'alimentation générale », donc à propos d'une promesse unilatérale de vente, que « cet acte demeure assujetti, aux termes de l'article 12, à toutes les prescriptions édictées par cet article ». A notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas encore statué sur la question qui retient notre attention. On peut penser, cependant, qu'elle suivra l'exemple de la Cour d'appel de Douai.

Cette opinion, qui est, d'après nous, la plus satisfaisante, est adoptée, semble-t-il, par la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés dans l'avant-projet de loi relatif aux fonds de commerce (chap. 1 art. 2) (2) : « Dans l'acte constatant la vente ou la promesse de vente le vendeur est tenu d'énoncer » certains renseignements. Dans sa rédaction actuelle, le texte suscite d'ailleurs

(1) G.P. 1947.2.203 — dans le même sens Trib. com. Le Havre 27 juill. 1936 Rec. Hav. 1936.1.235 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227.

(2) T. III p. 429, T. IV p. 409 à 411.

une difficulté d'interprétation. Il est applicable, à notre avis, à la promesse unilatérale. Notre opinion risque d'être combattue par des exégètes minutieux qui, s'appuyant sur le mot vendeur, en déduiront que la disposition s'applique uniquement à la promesse synallagmatique. Pour étouffer dans le germe toute controverse, il conviendrait peut-être de préciser que « dans l'acte constatant la vente ou la promesse de vente, synallagmatique ou unilatérale, le vendeur ou le promettant sont tenus d'énoncer... » les renseignements.

II — PROMESSE SYNALLAGMATIQUE SANS DEDIT ET MENTIONS OBLIGATOIRES

Lorsque la promesse possède la nature juridique d'une convention synallagmatique et qu'aucun dédit n'est stipulé à la charge de l'une des parties, les mentions obligatoires doivent être incontestablement insérées dans l'acte. Il n'y a pas de controverse possible sur ce point. En effet, une telle promesse, qu'on dénomme parfois vente mal qualifiée, comporte l'accord réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Elle constitue donc une cession amiable de fonds de commerce, soumise par suite à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Les auteurs (1) sont unanimes sur ce point. La jurisprudence est rare, parce que rares sont aussi les promesses synallagmatiques sans dédit, et que les parties qui recourent exceptionnellement à cette convention énoncent les renseignements nécessaires.

III — PROMESSE SYNALLAGMATIQUE AVEC DEDIT ET MENTIONS OBLIGATOIRES

S'il y a accord unanime en faveur de l'insertion des mentions obligatoires dans les promesses bilatérales de vente sans dédit, la controverse a été, au contraire, vive au sujet des promesses synallagmatiques avec dédit. Ces conventions sont très fréquentes, et couramment elles sont dépourvues de certaines mentions exigées par la loi : celles qui ont trait au chiffre d'affaires et aux bénéfices commerciaux. L'énonciation de ces indications dans les actes est, en effet, rendue difficile par suite d'un obstacle pratique qu'on ne tente guère de surmonter. Peu nombreux sont aujourd'hui les commerçants qui tiennent eux-mêmes leur comptabilité, en raison de la complexité de cette besogne et de ses incidences fiscales. Ils font appel aux services d'un comptable professionnel qui conserve par devers lui les livres de comptes de ses clients. Il en résulte qu'au moment de la conclusion de la promesse le rédacteur, par suite du défaut de documents comptables, laisse en blanc les lignes réservées à l'indication des recettes et des bénéfices. Un tel procédé, fâcheux, devient dangereux dans le cas où le bénéficiaire plaide en justice la nullité du contrat. Pour faire face à cette menace d'annulation et supprimer ces difficultés, on a soutenu devant les tribunaux que la promesse synallagmatique de vente avec

(1) Chassagnade-Belmin J. not. 1948 art. 42508 ; Cohen n° 197 ; Demars et Perrod p. 78 ; Escarra n° 257 ; J.C.C. fasc. X bis n° 27 et 28 ; J.C.N. 2 part. form. v° f. de c. fasc. P2 n° 13 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 15 ; Ripert n° 507 bis ; Rival mise à jour 1943 p. 4 ; Vencent p. 21 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216.

dédit n'avait pas à comporter les mentions prescrites par l'article 12. Ce fut la théorie de l'engagement de faire, que nous réfuterons avant d'exposer l'opinion contraire : celle de la vente sous condition, à laquelle nous nous rallions.

A) — THEORIE DE L'ENGAGEMENT DE FAIRE :

En quoi consiste cette théorie de l'engagement de faire ? Sur quels arguments repose-t-elle ? Quelles sont ses faiblesses ?

a) — Exposé :

D'après les tenants de cette opinion, les parties s'engagent à passer un acte de vente. Elles contractent, sous peine de versement d'un dédit qui réserve à chacune d'elles la faculté de se raviser, une obligation de faire : celle de collaborer réciproquement à la rédaction du contrat de cession. La promesse synallagmatique avec dédit doit donc s'analyser, soutient-on, en un simple engagement de faire, qui ne peut, par suite, être confondu avec l'acte de vente amiable de fonds de commerce, seul assujéti à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. On invoque encore, à l'appui de cette théorie, le caractère non translatif du contrat litigieux : la propriété n'est transmise qu'au jour de l'établissement de l'acte de cession. Il suffit par conséquent que les mentions prescrites par la loi figurent dans l'acte définitif. On interprète ainsi d'une façon étroite et restrictive le texte de l'article 12. Il en résulte, conclut-on, que la promesse synallagmatique de vente avec dédit, simple engagement de faire, non translatif de propriété, n'est pas soumise à l'article 12. M. Montier (1), qui se rallie à cette théorie et se déclare « d'avis que les mentions de l'article 12 ne sont pas strictement obligatoires » dans une promesse synallagmatique de vente avec dédit, tout en estimant « prudent de les faire figurer dans tous les compromis sans distinction », évite une conséquence choquante de cette opinion. Il pense, en effet, que le bénéficiaire décidé à abandonner l'affaire n'est pas contraint de verser le dédit, si les renseignements prescrits par l'article 12, que lui révèle la lecture de l'acte définitif, ne justifient pas le prix de vente convenu. D'après lui, la promesse synallagmatique avec dédit dépourvue des énonciations légales est un acte imparfait qui n'engage pas définitivement l'acquéreur.

Cette théorie de l'engagement de faire avec sa conséquence logique : l'inutilité des mentions de l'article 12 dans une promesse synallagmatique avec dédit, a été adoptée par quelques décisions judiciaires. Le tribunal de commerce de la Seine s'y est rallié dans un jugement du 22 décembre 1949 (2). « La dite promesse ne présentait pas toutefois le caractère d'une vente parfaite et ne constatait pas, par elle-même, une cession du fait qu'il y était prévu que des actes

(1) Montier p. 18 et suiv. n° 35.

(2) D. 1950.308 note Ripert — dans le même sens Poitiers 21 oct. 1936 D.P. 1938.2.32 note Montier ; Paris 1^{er} déc. 1938 R.F.C. 1939.581 ; Toulouse 5 mai 1947 J.O.P. 1948.2.4.185 note Toujas.

définitifs seraient signés avant la prise de possession : cette promesse ne constituait donc qu'un engagement de passer acte et qu'il était par suite loisible au vendeur de se conformer, postérieurement à la signature de l'acte litigieux, aux formalités prescrites par la dite loi ». Ce jugement est, à notre connaissance, la dernière décision judiciaire favorable à la théorie de l'engagement de faire. Il est vraisemblable que les juridictions ne seront point tentées de la reprendre à leur compte, puisque la Cour de cassation l'a repoussée, depuis lors, à deux reprises. Nous ne regrettons nullement, quant à nous, cette opinion, qui nous paraît fort critiquable.

b) — Critique :

La thèse que nous venons d'exposer repose sur une fausse analyse de la convention et comporte, à notre avis, une contradiction interne. Les parties conviennent, ne l'oublions pas, dès la formation du contrat litigieux, de la chose et du prix, donc concluent une vente ferme ou sous condition, assujettie en conséquence à la formalité de l'article 12.

Nos adversaires sont, en vérité, induits en erreur par la clause de rédaction d'acte définitif stipulée dans la promesse synallagmatique de vente avec dédit. Ils considèrent que cette clause a pour effet de retarder la conclusion de la vente et le transfert de propriété jusqu'au jour de l'établissement de l'acte et ils en déduisent que la promesse préalable est un simple engagement provisoire, dépourvu à juste titre des mentions légales. En vérité, comme nous l'avons prouvé plus haut (1), la clause de rédaction d'acte définitif constitue, selon l'intention des parties et les circonstances de la cause, soit une condition, soit un effet conventionnel de la vente et ne dispense pas les contractants d'insérer les énonciations obligatoires dans la promesse de vente.

Ces objections ébranlent déjà sérieusement l'opinion que nous combattons. Il y a plus. Nous estimons que cette théorie de l'engagement de faire viole la lettre et l'esprit de la loi. Nous venons de montrer que la promesse synallagmatique de vente avec dédit comporte accord des deux parties sur la chose et sur le prix. On ne peut soutenir, par conséquent, que l'article 12 est inapplicable à ce prétendu engagement de faire : puisque celui-ci possède tous les éléments essentiels de la vente, ne doit-on pas le considérer comme une « cession amiable consentie sous la forme d'un autre contrat », soumise elle aussi à l'article 12 ? C'est l'opinion de M. Cohen (2), qui se rallie à la théorie critiquée, mais pense que la promesse bilatérale avec dédit doit comporter les mentions obligatoires. La lettre du texte est ainsi sauvegardée.

D'après M. Montier, le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique normalement dépourvue des renseignements énoncés par l'article 12 peut se rétracter sans perdre le dédit, si les énonciations légales

(1) Voir p. 73 et 74.

(2) Cohen n° 197.

insérées dans l'acte de vente ne justifient pas le prix convenu. Cette conclusion, pour équitable qu'elle soit, nous paraît difficilement compatible avec les prémisses soutenues par cet auteur. De deux choses l'une, ou bien la promesse synallagmatique avec dédit est valable malgré le défaut des mentions obligatoires : dans ce cas, le bénéficiaire doit perdre l'indemnité s'il ne conclut pas la vente ; ou bien les mentions sont indispensables pour la validité de la promesse, et dans ce cas, celle-ci est annulable et le dédit versé sans cause.

Enfin, le plus grand reproche que l'on puisse faire à cette théorie de l'engagement de passer acte, c'est de violer délibérément l'esprit de la loi du 29 juin 1935 et de permettre, par ce biais de la promesse synallagmatique avec dédit, toutes les pratiques condamnées par le législateur. Qui n'aperçoit pas immédiatement le danger que présenterait pour le bénéficiaire un tel contrat dépourvu des mentions prescrites par la loi ? Le promettant aurait beau jeu de faire état de chiffres erronés de bénéfices pour décider l'autre partie à signer la promesse. Il accuserait ainsi son cocontractant à un fâcheux dilemme : ou bien acquérir le fonds à un prix excessif, ou bien refuser de signer l'acte définitif, mais dans ce cas abandonner le dédit, c'est-à-dire fréquemment une somme élevée qui atteint ou dépasse le demi-million. Les auteurs de la loi du 29 juin 1935 auraient perdu leur temps et la disposition d'ordre public qu'ils ont votée pour protéger les acquéreurs de fonds de commerce serait tournée. Une telle conséquence est, à notre avis, inadmissible. Le bénéficiaire promet d'acquérir un fonds déterminé pour un prix déjà fixé. Il doit être renseigné sur la valeur et les charges de l'établissement grâce aux mentions prescrites par l'article 12. La faculté de dédit stipulée dans la convention ne change rien : elle a simplement pour effet de subordonner l'exécution de la vente à la réalisation d'une condition. Or, les ventes conditionnelles sont, au même titre que les cessions fermes, assujetties à l'article 12. La théorie de l'engagement de faire est donc à abandonner, si l'on ne veut pas violer les mesures d'ordre public élaborées par le législateur.

B) — THEORIE DE LA VENTE SOUS CONDITION :

a) — Exposé doctrinal :

La théorie de l'engagement de faire repose sur une analyse juridique erronée. La faculté de dédit dont dispose chaque partie trouble manifestement les tenants de ce système et conduit quelques auteurs (1) à considérer la promesse synallagmatique comme un simple projet sans analogie avec la cession ultérieure. Lorsqu'on restitue à notre convention sa véritable nature juridique : celle d'une vente conditionnelle, la solution devient évidente. Conformément à la lettre et à l'esprit de la loi, un tel contrat doit contenir les énonciations prescrites par l'article

(1) Chassagnade-Belmin J. not. 1948 art. 42.508.

12 (1). Nous sommes bien en présence d'une cession amiable de fonds de commerce consentie sous condition. Le promettant est, par suite, tenu d'énoncer les renseignements indispensables. Le but du législateur est alors atteint : le bénéficiaire ne s'engage pas à l'aveuglette. Les indications lui sont fournies dans le corps même de la promesse. Sa décision est donc prise en connaissance de cause. Il ne peut être victime des manœuvres indélicates de l'autre partie. Les auteurs de la loi du 29 juin 1935 auraient dû mieux préciser leur pensée et réglementer les promesses de vente d'une manière expresse. La lacune est fâcheuse, mais l'intention est évidente. Ces contrats préparatoires sont soumis au même régime juridique que les cessions définitives. La Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés (2), instruite de la controverse et désireuse d'y mettre fin, assujettit la promesse à la formalité des mentions obligatoires. Il faut l'en louer, car cette convention est très usitée et par le biais du dédit lie le bénéficiaire d'une façon souvent irrémédiable.

b) — **Ralliement jurisprudentiel :**

Les magistrats n'ont pas attendu la réforme du Code de commerce pour exiger l'insertion des renseignements légaux dans la promesse synallagmatique avec dédit. Il y a, sur ce point, une jurisprudence extrêmement abondante. Le bénéficiaire qui n'honore pas ses engagements n'abandonne jamais de galeté de cœur la somme importante prévue en cas de revirement. Pour ne point la perdre, il n'hésite pas à plaider en justice et à réclamer l'annulation du contrat litigieux. Aussi, tribunaux et cours sont-ils appelés fréquemment à prendre position sur la question des mentions obligatoires dans les promesses synallagmatiques avec dédit. Symbole de la nature complexe de ces conventions, les décisions parviennent à une conclusion identique par des voies souvent différentes. Il est intéressant de noter le fondement logique et les bases juridiques de ces jugements et arrêts.

Parfois, les magistrats insistent sur l'existence d'un accord des deux parties sur la chose et sur le prix et assujettissent la promesse synallagmatique à l'article 12, parce qu'ils la considèrent comme une vente. L'article 1589 est le pivot de l'argumentation. A défaut des énonciations légales, le contrat entraîne une cession imparfaite et le bénéficiaire ne peut être forcé, ni à acquérir le fonds, ni à perdre le dédit. Ce raisonnement est soutenu par la Cour d'appel de Paris (3) :

(1) Demars et Perrod p. 78 ; Escarra n° 257 ; J.C.C. fasc. X bis n° 27 et 28 ; J.C.N. 2^e part. form. fasc. P.2 n° 13 ; Fréigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 16 ; Ripert n° 507 bis ; Rival mise à jour 1943 p. 4 ; Roullier le compromis dans les ventes de fonds de commerce ; Vencent p. 21 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216.

(2) T. III p. 429 et t. IV p. 409 à 411.

(3) Paris 20 mai 1952 G.P. 1952.2.157 — dans le même sens, Trib. com. Marseille 18 déc. 1935 J. Marseille 1936.2.263 ; Trib. com. Lyon 9 févr. 1937 G.J.C.L. 1937.134 et 14 avr. 1937 G.J.C.L. 1937.243 ; Aix-en-Provence 14 déc. 1937 R. dr. fr. 1938.28 ; Trib. com. Rouen 23 mars 1938 R.F.C. 1938.306 ; 16 sept. 1938 Rec. Hav. 1939.2.10 ; Rouen 2 mars 1939 R.F.C. 1939.232 ; Trib. com. Reims 28 avr. 1939 J.C.P. 1939.1.112 ; Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55 ; Montpellier 27 nov. 1950 G.P. 1951.1.54 ; Civ. 24 nov. 1954 D.S. (S) 1955.35 ; Civ. 4 déc. 1957 G.P. n° 8.2.1958.

« Attendu que les termes généraux de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935... s'appliquent à une promesse d'achat acceptée par la suite dans les conditions prévues à la promesse ; qu'en effet l'accord du vendeur et de l'acheteur sur la chose et sur le prix constitue une cession amiable de fonds de commerce, mais non pas une cession parfaite ; que, pour être parfaite, la cession, sous quelque forme qu'elle se présente, doit contenir les énonciations prévues dans l'article 12 susvisé ».

D'autres décisions judiciaires marquent avant tout la volonté de ne pas violer l'esprit des dispositions d'ordre public formulées par la loi du 29 juin 1935. La Cour d'appel de Lyon (1) obéit à cette préoccupation : « On doit décider que pour l'application de la loi du 29 juin 1935 les renseignements visés à l'article 12 doivent être insérés dans la promesse et non pas seulement dans l'acte définitif ; cet article serait en réalité vide de sens si, par le moyen d'une promesse de vente avec dédit, l'acquéreur éventuel pouvait être lié définitivement avant d'avoir su dans quelles conditions précises il s'engageait ; et cette contrainte serait d'autant plus forte que la somme versée serait plus élevée ».

Certains jugements s'appuient sur le principe en vertu duquel le contrat préparatoire est soumis aux mêmes conditions de validité que le contrat définitif et font, pour ce motif, application de l'article 12 à propos des promesses synallagmatiques de vente avec dédit. Ainsi, le tribunal civil de Clermont-Ferrand (2) juge « que le compromis en tant qu'acte provisoire est soumis aux mêmes exigences que l'acte définitif puisqu'il a pour effet d'engager valablement l'acquéreur qui doit être à même, dès le moment où il contracte, de connaître les renseignements de l'article 12 ».

D'autres décisions judiciaires, analysant correctement le dédit en une condition suspensive, se rallient à la théorie de la vente conditionnelle et assujettissent pour cette raison la promesse synallagmatique avec dédit à la formalité des énonciations légales. « On se trouve en présence d'une promesse synallagmatique de vente, valant vente ; sans doute un dédit important était prévu en cas d'inexécution de cet engagement par un des contractants ; si cette stipulation affecte la vente d'une condition, il n'en reste pas moins que l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, applicable à toute vente de fonds de commerce, même conditionnelle, devait être respectée » (3).

La nécessité d'insérer les mentions obligatoires dans les promesses synallagmatiques avec dédit semble tellement évidente à certaines juridictions qu'elles ne prennent pas la peine de la justifier. Dans cette

(1) 26 juill. 1950 D. 1951.97 note Ripert — dans le même sens Trib. com. Le Havre 16 mai 1938 Rec. Hav. 1939.1.8 ; Trib. civ. Hazebrouck 25 oct. 1950 D. 1950.694.

(2) 3 mars 1947 G.P. 1947.1.251 — dans le même sens Trib. com. Reims 17 déc. 1935 2^e espèce S. 1936.2.90.

(3) Paris 17 mars 1939 R.F.C. 1939.225 — dans le même sens Trib. com. Seine 13 mai 1936 G.P. 1936.2.229 ; Trib. com. Saint-Etienne 6 juill. 1939 R.F.C. 1939.527 ; Civ. 24 nov. 1954 D.S. (S) 1955.35.

catégorie de décisions, la convention est soumise à l'article 12 en tant que promesse, en raison de sa propre nature juridique. « Les promesses d'achat ou de vente de fonds de commerce sont bien, aux termes de l'article 12 de la loi susvisée, assujetties à toutes les prescriptions édictées par cet article et spécialement à l'égard de la garantie de certaines énonciations (1).

Quels que soient les arguments de droit qu'elles invoquent, toutes ces décisions judiciaires défendent la même conclusion : la promesse synallagmatique de vente avec dédit doit contenir les mentions obligatoires prescrites par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. La jurisprudence est maintenant constante. La Cour de cassation, elle-même, par trois arrêts récents vient de consacrer un tel ralliement. Elle se prononce la première fois en faveur de cette opinion le 30 octobre 1951 (2) dans les termes suivants : « Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'annuler le compromis (promesse synallagmatique de vente avec dédit) du 18 février 1949, alors que les énonciations prescrites par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 n'avaient pas été insérées à l'acte... ; mais attendu que la nullité prévue à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 est facultative pour le juge, qui peut apprécier si l'omission de ces énonciations a pu vicier le consentement de l'acquéreur ». La Cour suprême juge donc implicitement que la promesse synallagmatique de vente avec dédit doit énoncer les renseignements prévus par l'article 12. Si elle déboute finalement le demandeur au pourvoi, c'est en raison du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, libres d'annuler ou non le contrat. Dans un arrêt du 21 juillet 1953 (3), la Cour de cassation reprend la même argumentation pour rejeter la requête du bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente avec dédit, qui en réclame l'annulation à cause de l'omission de certaines énonciations obligatoires. Enfin, le 24 novembre 1954, cette haute juridiction (4) affirme que « l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 est applicable à l'acte sous seing privé, dit « compromis », prévoyant la réalisation de la vente du fonds de commerce dans un délai déterminé et la faculté pour les parties de se délier moyennant le paiement d'un dédit, cet acte constituant une promesse synallagmatique de vente sous condition, laquelle vaut vente aux termes de l'article 1589 du Code civil ».

On est donc en droit de penser que le problème des mentions obligatoires dans les promesses synallagmatiques de vente avec dédit est maintenant définitivement tranché. On doit se féliciter du ralliement de la jurisprudence, grâce auquel la loi du 29 juin 1935 n'est pas devenue

(1) Trib. civ. Saumur 6 janv. 1949 D. 1949.404 — dans le même sens Trib. com. Lyon 22 juin 1936 G.J.C.L. 1936.279 ; Dijon 30 mars 1938 R.F.C. 1939.177 ; Trib. com. Lyon 12 déc. 1941 G.J.C.L. 28 avr. 1942.57 — rapp. Trib. com. Lyon 14 janv. 1953 D. 1953.380 ; Paris 28 oct. 1953 D. 1954.81 ; Bordeaux 20 nov. 1956 S. 1957.158.

(2) D. 1952.86

(3) G.P. 1953.2.316

(4) D.S. (S) 1955.35. — dans le même sens Civ. 4 déc. 1957 et 9 déc. 1957 G.P. n° 8.2.1958.

un texte inefficace. En raison de cette unanimité des tribunaux et cours, les praticiens ont le plus grand intérêt à se conformer scrupuleusement aux dispositions légales édictées dans l'article 12. Les formules de promesses de vente prévoient certes, le plus souvent, l'insertion des énonciations prescrites. Mais les rédacteurs omettent d'indiquer le jour même de la conclusion du contrat les mentions les plus importantes pour le bénéficiaire : celles qui ont trait au chiffre d'affaires et aux bénéfices commerciaux, et ce parce que les livres de comptes sont, non pas chez le promettant, mais entre les mains de son comptable. Cet obstacle n'est pas insurmontable : il serait facile pour le commerçant qui promet la vente de son fonds d'avoir par devers lui les documents nécessaires au moment de la rédaction de la promesse de vente, dont la date est fixée d'avance très couramment. L'intermédiaire devrait prier son client de détenir ses livres de comptabilité au jour opportun. Il agit rarement de la sorte. Telle est la genèse de cette lacune regrettable, qui vicie la convention, viole les injonctions légales et réduit à rien les mesures de protection instaurées par les auteurs de la loi du 29 juin 1935. Une demande en nullité de la convention litigieuse risque d'être repoussée parce que le rédacteur de l'acte répare rapidement l'omission à l'insu du futur acquéreur. Le bénéficiaire éprouvera de grandes difficultés pour démontrer qu'en réalité le contrat a été complété après coup. Il obtient parfois gain de cause (1), et cela devrait inciter les praticiens à énoncer dans les promesses de vente toutes les mentions obligatoires le jour même de l'établissement de l'acte et en présence des parties intéressées. Il est souvent débouté (2), et cela devrait inciter les acheteurs de fonds de commerce à ne signer que des promesses pourvues de toutes les énonciations légales.

IV — PROMESSES VERBALES ET MENTIONS OBLIGATOIRES

Dans les pages qui précèdent, nous avons tenté de montrer que toutes les promesses de vente de fonds de commerce constatées par écrit sont assujetties à la formalité prévue par l'article 12: les promesses unilatérales aussi bien que les promesses synallagmatiques. Ces conventions n'échappent-elles pas à cette règle légale, lorsqu'elles revêtent la forme verbale ?

Si l'on procède à une interprétation littérale du texte de la loi, on est amené à soutenir, comme l'a fait la Cour d'appel de Lyon (3), que « la loi du 29 juin 1935 ne vise que le cas où un acte a été rédigé pour constater la cession d'un fonds de commerce et que si la vente n'a été faite que par convention verbale, on ne saurait faire grief au vendeur de ne pas avoir mentionné dans un acte écrit les énonciations prescrites ». Faut-il en conclure que les promesses verbales bénéficient d'un régime de faveur ?

(1) Paris 28 oct. 1953 D. 1954.81

(2) Trib. com. Le Havre 8 déc. 1952 Rec. Hav. 1952.2.209

(3) Lyon 10 mai 1938 R.F.C. 1938.437 — comp. Riom 23 juin 1947 D. 1948.117

Selon nous, le système défendu par la Cour d'appel de Lyon encourt la critique. La forme dont les parties font usage n'influe en rien sur la nature des obligations du promettant. Que celui-ci promette sur parole ou par écrit la vente de son fonds de commerce, il doit, dans les deux hypothèses, fournir à son cocontractant les indications précisées par l'article 12. Cette solution est la seule qui soit, à notre avis, compatible avec les intentions du législateur. Le bénéficiaire d'une promesse verbale mérite autant la protection que le bénéficiaire d'une promesse écrite (1) et peut requérir la nullité de la convention verbale dans le délai d'un an, conformément à l'alinéa final de l'article 12. Son action ne prospérera pas, s'il est démontré qu'il a eu effectivement connaissance des renseignements légaux, par exemple au cours d'un entretien avec le propriétaire de l'établissement.

SECTION III

Nature des mentions obligatoires

Ainsi donc, les promesses de vente de fonds de commerce, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques avec ou sans dédit, doivent comporter les mentions obligatoires prévues à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Le promettant « est tenu d'énoncer :

- 1°. — Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel.
- 2°. — L'état des privilèges et nantissemments grevant le fonds.
- 3°. — Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans.
- 4°. — Les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps.
- 5°. — Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu ».

Cinq énonciations sont par conséquent nécessaires : elles sont relatives à l'origine de propriété, à l'état des privilèges et nantissemments, au chiffre d'affaires, aux bénéfices commerciaux, enfin au droit au bail.

I — ORIGINE DE PROPRIETE

Commentons les termes de la disposition légale.

A) — NOM DU PRECEDENT VENDEUR :

Que faut-il entendre par « nom » ? Ce mot possède, en effet, dans la langue juridique deux acceptions. Au sens strict, il désigne le nom patronymique, le nom de famille. Au sens large, il constitue « l'appellation servant à la désignation graphique et orale des person-

(1) Dans le même sens, note Ripert sous Riom 23 juin 1947 D. 1948.117

nes». C'est cette dernière signification qu'il faut retenir ici (1). On indiquera donc les nom et prénom usuel du précédent vendeur. S'il y a risque de confusion entre homonymes, on précisera les autres prénoms de la personne.

Pour satisfaire aux prescriptions légales, il suffit de signaler le nom du « précédent » vendeur, du prédécesseur du promettant. Il est cependant opportun de pousser davantage la recherche des précédents propriétaires de l'établissement. L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas aux meubles incorporels, par suite aux fonds de commerce (2). Pour écarter la menace d'éviction, le commerçant doit en conséquence démontrer la légitimité de son droit en rétablissant la liste de ceux qui l'ont précédé dans le fonds au cours des 30 dernières années (3). Cela nous amène à penser qu'il y aurait intérêt à décrire dans la promesse de vente les différents maillons de cette chaîne. La pratique adopte une solution intermédiaire et révèle le nom des trois ou quatre derniers propriétaires. Un tel procédé est superflu sur le plan de la stricte légalité, mais insuffisant sur le plan de l'opportunité.

Quand le fonds de commerce appartient au promettant en vertu d'une donation ou par suite d'un héritage, la mention relative à l'origine de propriété n'est pas imposée par la loi (4) : donner n'est pas vendre, hériter n'est pas acheter.

B) — DATE DE L'ACTE D'ACQUISITION :

Le renseignement est précieux pour le bénéficiaire, qui peut ainsi se rendre compte si l'établissement est exploité depuis de nombreuses années par la même personne, ce qui est souvent une garantie, ou au contraire change souvent de mains, ce qui est mauvais signe. Doit-on indiquer également la date de l'enregistrement de l'acte d'acquisition ? Dans la pratique, les rédacteurs de promesses la précisent généralement. La loi du 29 juin 1935 ne l'exige pas, mais l'article 811 du Code général des impôts la rend obligatoire (5).

C) — NATURE DE L'ACTE D'ACQUISITION :

Il s'agit de signaler si l'acte d'acquisition a été établi sous seing privé ou en la forme authentique. Il est d'usage, dans ce dernier cas, de mentionner le nom du notaire qui a dressé la minute. Ce renseignement n'est pas obligatoire (6). On ne saurait fonder sur son défaut une action en nullité de la promesse de vente.

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. 1 n° 582 — dans le même sens Viatte J. not. 1950. p. 397 art. 43.216 — en sens contraire Crémieu Gaz prud. 1935 p. 223 et suiv. ; J.C.C. fasc. X bis n° 40 ; F. Montier R.F.C. 1935. 467.

(2) Civ. 26 janv. 1914 D.P. 1914.1.112

(3) Rival 1937 p. 20 ; Vencent p. 26 — comp. J.C.C. fasc. X bis n° 41

(4) J.C.C. fasc. X bis n° 49.

(5) Dans le même sens Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 et suiv. ; J.C.C. fasc. X bis n° 42 ; F. Montier R.F.C. 1935.467 ; Rival mise à jour 1943 p. 5 ; Viatte J. not. 1950 p. 397 art. 43.216

(6) En sens contraire J.C.C. fasc. X bis n° 45

D) — PRIX DE L'ACQUISITION :

Conformément aux termes de l'article 12, le promettant doit énoncer le prix de son acquisition pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. L'indication d'un simple prix global serait contraire à la loi (1). Le bénéficiaire est de la sorte en mesure de confronter prix d'achat et prix de vente et de demander des explications au promettant qui vend beaucoup plus cher qu'il n'a acquis. Dans une espèce soumise au tribunal de commerce de Lyon (2), un propriétaire promettait de vendre 29.000 francs un fonds de commerce qu'il avait acheté pour 1.000 francs l'année précédente... Mais l'utilité de cette énonciation est réduite par la pratique des dissimulations de prix en fraude des droits du Trésor. Le vendeur a la possibilité de justifier ses prétentions par une dissimulation commise lors de la précédente cession. Le bénéficiaire est alors forcé de croire son cocontractant sur parole et de lui faire confiance. Il s'expose à une déconvenue, si l'affaire est véreuse et la dissimulation imaginaire.

L'omission du prix d'acquisition est-elle suffisante pour emporter à elle seule l'annulation de la promesse de vente ? Cela dépend des circonstances de la cause. S'il y a un accroissement sensible du prix de vente du fonds de commerce sans augmentation correspondante de la valeur vénale de l'établissement, les juges prononceront la nullité du contrat. Un bénéficiaire apprend dans le projet d'acte de vente que le fonds qui lui est cédé 500.000 francs au mois de juin 1945 a été acheté en mai 1944 pour 30.000 francs, puis revendu en septembre 1944 pour 50.000 francs. Il plaide la nullité de la promesse de vente. La Cour d'appel de Douai (3) estime « que c'est à bon droit que le tribunal a reconnu la nullité de la promesse de vente et qu'il y a lieu de confirmer cette décision ». Malgré la dépréciation monétaire qui sévissait à cette époque, on peut en effet penser que la valeur marchande de ce fonds ne s'est pas accrue dans des proportions aussi grandes que les prix de vente pratiqués. Mais il ne faut pas annuler tout contrat qui omet d'indiquer ce prix de la précédente acquisition. Nous venons de faire allusion à des phénomènes monétaires. Ils ne sont pas à négliger et, à eux seuls, ils expliquent un certain gonflement des prix. Vendre en 1946 un fonds de commerce pour un prix identique à celui de l'achat effectué en 1944, c'eût été conclure une mauvaise affaire et perdre une partie de son capital. D'autres facteurs peuvent également justifier un accroissement de la valeur vénale et, par suite, du prix de vente des établissements commerciaux. Dans le monde des commerçants, on déclare souvent qu'un fonds de commerce vaut ce que vaut son exploitant. Un négociant sérieux, aimable vendeur et acheteur avisé, rendra prospère un fonds qui ne l'était plus. Il est normal qu'il récolte le

(1) J.C.C. fasc. X bis n° 46 ; Trasbot D.P. 1935.4.313.

(2) 22 juin 1936 G.J.C.L. 1936.279.

(3) 16 mai 1947 G.P. 1947.2.203 — comp. Trib. com. Lyon 22 juin 1936 G.J.C.L. 1936.279 ; Trib. com. Reims 28 avr. 1939 J.C.P. 1939.1112.

fruit de ses efforts et vende sa maison avec bénéfice. Seul un examen minutieux des circonstances de la cause permettra donc aux juges de trancher le litige.

A notre avis, on ne doit pas annuler une promesse de vente sous prétexte que le créateur du fonds n'énonce pas dans l'acte le prix d'acquisition du matériel et des marchandises (1). La mention relative à l'origine de propriété doit être indiquée par le promettant qui a acheté son établissement. La loi du 29 juin 1935 est formelle sur ce point. A quoi bon, d'autre part, signaler le prix d'achat du matériel et des marchandises ? Sa confrontation avec le prix de vente du fonds n'est d'aucune utilité pour le bénéficiaire, puisque ces deux éléments sont hétérogènes.

II — ETAT DES PRIVILEGES ET NANTISSEMENTS

Les auteurs (2) conseillent généralement un exposé sommaire des privilèges et nantissemments grevant le fonds. L'état doit fournir, en réalité, tous les renseignements utiles pour le bénéficiaire, en particulier les nom et domicile des parties : créancier et débiteur, la date et la nature du titre en raison de la prescription, et le montant de la créance garantie (3). En fait, il conviendra de reproduire dans la promesse de vente les indications incluses dans l'état délivré par le greffier de la juridiction consulaire. Doivent être indiqués dans l'acte les privilèges et nantissemments grevant le fonds du chef du promettant et de ses prédécesseurs. Grâce à cette mention, le bénéficiaire connaît les charges de l'établissement et est ainsi à l'abri d'une surprise désagréable. Il ignore cependant dans quelle proportion les créances garanties sont honorées. Cela est regrettable, car il ne peut évaluer les risques d'éviction, auxquels il s'expose en contractant. L'omission de l'état des privilèges et nantissemments ne cause aucun préjudice à l'acquéreur éventuel, lorsque le fonds n'est grevé d'aucune inscription (4). Elle serait au contraire de nature à provoquer la nullité de la promesse, s'il y avait danger de saisie.

III — CHIFFRE D'AFFAIRES

Deux questions sont à examiner à propos de la mention du chiffre d'affaires. Quels sont les chiffres à déclarer ? De quelles années doit-on faire état ?

A) — CHIFFRES A DECLARER :

Doit-on énoncer le chiffre d'affaires réel ou le chiffre d'affaires déclaré au fisc ? Le choix n'est pas sans utilité, par suite de l'extension

(1) Dans le même sens Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 et suiv. ; J.C.C. fasc. X bis n° 50 — en sens contraire Rival 1937 p. 20

(2) Crémieu Gaz. Prud. 1935 p. 223 ; Demontés et Jauffret t. 1 p. 427 J.C.C. Fasc. X bis n° 52 ; Rival 1937 p. 21

(3) Cohen n° 168 ; Trasbot D.P. 1935.4.313 ; Vencent p. 26

(4) Trib. com. Marseille 8 juill. 1936 J. Marseille 1937.192.

du régime forfaitaire d'imposition opérée par le décret n° 55-465 (1) du 30 avril 1955, par suite également de pratiques frauduleuses qui créent artificiellement une différence entre chiffre d'affaires réel et chiffre d'affaires déclaré. Il s'agit d'indiquer dans la promesse de vente le chiffre d'affaires réel (2). La jurisprudence partage cette façon de penser (3). En réalité, il semble bien que le chiffre d'affaires mentionné dans le contrat ne correspond très généralement pas aux recettes effectuées par le promettant, car celui-ci s'efforce très souvent de maintenir une certaine équivalence entre ses déclarations fiscales et les renseignements insérés dans l'acte.

B) — ANNEES A DECLARER :

D'après l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, le promettant est « tenu d'énoncer le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans ». Que faut-il entendre par année d'exploitation ? L'imprécision des termes de la loi a fait jaillir la controverse.

Il est possible de concevoir de trois manières différentes l'année d'exploitation. Ce peut être l'année civile commençant le 1^{er} janvier et finissant le 31 décembre (4). Avec cette conception, un propriétaire qui promettrait la vente de son fonds le 30 décembre 1955, devrait énoncer dans l'acte le chiffre d'affaires réalisé entre le 1^{er} janvier 1952 et le 31 décembre 1954. Il ne serait, par contre, nullement tenu de révéler les recettes effectuées entre le 1^{er} janvier et le 30 décembre 1955, qui présentent pourtant pour le bénéficiaire une importance capitale. Le système de l'année civile est adopté par le tribunal de commerce du Havre (5) dans un jugement du 17 mars 1937, qui déclare que « conformément à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 la venderesse a déclaré, dans l'acte de vente, son chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux réalisés au cours des trois dernières années : 1933, 1934, 1935 ». Dans cette espèce, la vente avait eu lieu par acte en date du 25 juin 1936. Le tribunal estimait donc conforme à la loi l'omission de tous renseignements relatifs à la période écoulée entre le 1^{er} janvier et le 25 juin 1936.

On soutient parfois que l'année d'exploitation correspond à l'exercice comptable. C'est en particulier l'opinion de M. Montier (6), qui se fonde sur ce fait que l'énonciation du chiffre d'affaires doit porter sur la même époque que celle des bénéfices. Or, l'inventaire nécessaire pour la détermination du profit n'est pas toujours établi à la fin de l'année

(1) J.O. 1955 p. 4.373

(2) Dans le même sens Cohen n° 169 ; Crémieu Gaz Prud. 1935 p. 223. Demontès et Jauiffret t. 1 p. 428 n° 13 ; J.C.C. fasc. X bis n° 56 ; Montier p. 25 n° 49 ; Rival Rép. com. 1939 p. 118 et mise à jour 1943 p. 8 ; Trasbot D.P. 1935. 4.313.

(3) Trib. com. Béziers 6 mars 1939 G.P. 1939.1.736

(4) Meunier et Archevêque p. 166

(5) Rec. Hav. 1937.1.170 — dans le même sens Amiens 28 janv. 1938 S. 1938.2.137.

(6) Montier p. 25 n° 49 — dans le même sens Vencent p. 26

civile. Pour cet auteur, un propriétaire qui a coutume de clôturer ses écritures le 30 juin de chaque année et qui promet la vente de son fonds le 10 mai 1955 devrait donc déclarer dans la promesse de vente le chiffre d'affaires réalisé entre le 1^{er} juillet 1951 et le 30 juin 1954.

La Cour d'appel de Rouen (1) fait sien ce système de l'exercice comptable, avec quelques nuances cependant : « Attendu que le tribunal de commerce a fait une exacte interprétation de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 en déclarant qu'il s'agit non de trois années de calendrier rétroactivement calculées à dater du jour de la vente, mais de trois années d'exercices commençant le 1^{er} janvier et prenant fin le 31 décembre ; que l'article 12 de la loi de 1935 impose l'énonciation du chiffre d'affaires réalisé « au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation » ; au point de vue commercial, une année d'exploitation est celle qui se termine en comptabilité le 31 décembre par un inventaire, un compte profits et pertes et un bilan ; que l'article 12 n'exige pas seulement la déclaration du chiffre d'affaires, mais aussi des bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps, c'est-à-dire pendant les trois dernières années d'exploitation ; attendu que ces bénéfices ne peuvent être connus en cours d'année à une date quelconque, mais seulement à la fin de l'exercice, le 31 décembre de chaque année, au moment de l'établissement du compte profits et pertes et du bilan ; ce qui permet d'affirmer qu'aussi bien pour le chiffre d'affaires que pour les bénéfices commerciaux, la période envisagée est celle de l'année civile antérieure et non celle des 365 jours qui précèdent immédiatement l'acte de vente ».

Cet arrêt suscite quelques remarques. Il défend en réalité la théorie de l'année civile avec des arguments empruntés à celle de l'exercice comptable. Les conseillers de Rouen considèrent en effet qu'un exercice comptable dure obligatoirement du 1^{er} janvier au 31 décembre. C'est inexact. M. Montier, père spirituel de ce système, n'a jamais exprimé une telle idée. La notion d'exercice comptable est particulièrement souple. Rien n'empêche un commerçant de terminer un exercice en comptabilité le 30 juin. La date de clôture la plus courante est sans doute celle du 31 décembre. Elle n'est pas la seule. L'exercice comptable ne coïncide pas forcément avec l'année civile.

Ces remarques préliminaires nous amènent logiquement à réfuter ces deux conceptions de l'année d'exploitation. La première objection à formuler se fonde sur le texte de l'article 12. Lorsque le promettant n'exploite pas le fonds depuis plus de trois ans, il doit énoncer le chiffre d'affaires réalisé « depuis son acquisition ». Cela sous-entend qu'il est tenu d'indiquer les recettes effectuées jusqu'au jour de la conclusion de la promesse de vente. Cette solution évidente détermine l'interprétation à adopter, quand l'achat du fonds remonte à plus de trois ans. Dans les deux cas, le bénéficiaire doit être instruit du chiffre d'affaires réalisé jusqu'au jour de la conclusion du contrat.

(1) 28 juin 1939 R.F.C. 1939.516

Il est un second argument de texte qui corrobore le premier et ébranle davantage encore le système de l'année civile et celui de l'exercice comptable. L'article 15 de la loi ordonne qu'« au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur et qui se réfèrent aux trois années précédant la vente ou au temps de sa possession du fonds si elle n'a pas duré trois ans ». Cette disposition présente une analogie frappante avec l'article 12. Le visa des livres comptables permet à l'acheteur de contrôler la véracité des renseignements relatifs au chiffre d'affaires et aux bénéfices insérés dans l'acte de vente. Tous les documents comptables établis jusqu'au jour de la cession doivent donc être visés par l'acheteur et le vendeur. Puisque ce visa a pour but de faciliter le contrôle des énonciations relatives au chiffre d'affaires et aux bénéfices, on est en droit de conclure que le bénéficiaire doit être éclairé sur les recettes effectuées par son cocontractant jusqu'à la conclusion de la promesse.

Les deux systèmes que nous combattons reposent sur cette idée que le promettant est tenu d'énoncer le chiffre d'affaires réalisé pendant le même temps que les bénéfices commerciaux à déclarer et invoquent les difficultés pratiques auxquelles se heurteraient un vendeur de fonds de commerce et, à plus forte raison, un promettant pour déterminer en cours d'année le bénéfice effectué, soit depuis le 1^{er} janvier, soit depuis la clôture du dernier exercice. Puisque le bénéfice des derniers mois, concluent les défenseurs de ces systèmes, est impossible à énoncer, le promettant n'est pas tenu d'indiquer dans la promesse les recettes accomplies, soit depuis le 31 décembre, soit depuis l'ouverture en comptabilité de l'exercice en cours au moment de la rédaction de l'acte. Ce raisonnement nous semble spécieux. Il ne s'agit pas de savoir s'il est difficile de se conformer aux prescriptions de l'article 12. Il convient d'interpréter des dispositions légales. Une loi doit être appliquée, même si elle dérange des habitudes et va à l'encontre de certaines pratiques.

Le système de l'exercice comptable encourt une critique supplémentaire, à laquelle échappe celui de l'année civile. La durée d'un exercice n'est pas obligatoirement de douze mois. Des exercices comptables de dix-huit mois par exemple sont concevables. En soutenant que l'année d'exploitation coïncide avec l'exercice comptable, on risque d'ouvrir la porte à des combinaisons frauduleuses. Le commerçant désireux de vendre son fonds de commerce pourrait clôturer prématurément ou prolonger arbitrairement ses exercices afin de dissimuler à l'acquéreur les renseignements relatifs aux derniers mois. Il en résulterait, d'autre part, une disparité de traitement entre individus placés dans la même situation. Supposons que deux commerçants, dont l'un clôt ses écritures le 30 juin et l'autre le 31 décembre, promettent la vente de leur fonds le 1^{er} mai. L'un serait en droit de ne fournir aucun renseignement sur la période comprise entre le 1^{er} juillet de l'année précédente et le 1^{er} mai, soit une période de dix mois. L'autre pourrait dissimuler les recettes réalisées pendant les quatre derniers mois.

Il y a plus grave encore. Le système de l'année civile et celui de l'exercice comptable négligent l'esprit de la loi du 29 juin 1935. Le législateur a voulu protéger les bénéficiaires de promesses. Or, ceux-ci ont le plus grand intérêt à connaître les recettes enregistrées au cours des mois précédant la formation du contrat. Car ce sont ces recettes-là qui permettent aux acheteurs éventuels d'apprécier la valeur vénale de l'établissement. Lorsqu'un acheteur entre en rapport avec un commerçant décidé à vendre son fonds, la première question qu'il lui pose est la suivante : « Quelles recettes journalières avez-vous réalisées au cours des derniers mois ? » La valeur d'une maison de commerce n'est pas invariable et les clients ne sont pas toujours fidèles. Supposons que les recettes diminuent d'une façon notable. Le négociant juge le malaise irrémédiable : il promet de vendre. La dissimulation du chiffre d'affaires effectué au cours des derniers mois sera préjudiciable aux intérêts du bénéficiaire. Puisque les auteurs de la loi du 29 juin 1935 ont manifesté la volonté formelle d'éclairer l'acquéreur grâce aux mentions obligatoires, le promettant est tenu d'énoncer dans la promesse le chiffre d'affaires réalisé jusqu'au jour de la conclusion de celle-ci (1).

Cette solution est admise par une réponse ministérielle (2) ainsi conçue : « Les dispositions contenues dans les articles 12 et suivants ont pour but de ménager à l'acquéreur d'un fonds de commerce une preuve préconstituée des indications fournies par le vendeur relativement à la valeur du fonds. Il paraît donc conforme aux intentions du législateur d'interpréter ce texte comme imposant au vendeur l'obligation de faire mentionner dans l'acte de vente le chiffre d'affaires réalisé par lui jusqu'au moment de la vente. Le point de savoir à quelle époque précise les comptes pourront être arrêtés constituent une question de fait dont l'appréciation dépend des cas d'espèce envisagés ».

La Cour d'appel de Paris (3) adopte le système qui est seul conforme à la lettre et à l'esprit de la loi : celui qui consiste à calculer les trois dernières années d'exploitation rétroactivement à partir de la vente ou de la promesse de vente : « Considérant qu'en effet l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 impose au vendeur l'énonciation à l'acte de vente du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années d'exploitation ; que cette disposition, en matière de nullité, doit s'interpréter restrictivement ; qu'il est nécessaire de se rapporter aux trois années calculées rétroactivement du jour de la passation de l'acte de vente ; que cette solution trouve, au surplus, sa justification dans l'intérêt pour l'acquéreur de connaître la marche de l'affaire lors de la transaction et durant un laps de temps qui peut éventuellement atteindre une année presque complète si l'on envisage une vente se plaçant fin décembre ; alors que lui seraient plus indifférents les renseignements

(1) Dans le même sens Cohen n° 169 ; Demontès et Jauffret t. 1 n° 428 n° 14 ; J.C.O. fasc. X bis n° 59 ; Rival Rép. com. 1939 p. 118 et mise à jour 1943 p. 6 ; Viatte J. not. 1950 p. 397 art. 43.216

(2) Rép. min. 4046 J.O. déb. parl. Ch. Dép. 28 déc. 1937 p. 3297

(3) 3 févr. 1939 S. 1939.2.88 — dans le même sens Trib. com. Lyon 9 févr. 1937 G.J.C.L. 1937.134

remontant à près de quatre années ». La Cour de cassation défend la même opinion dans un arrêt rendu le 24 novembre 1954 (1). Elle affirme que « la période de temps envisagée par la loi doit être calculée de quantième à quantième en remontant dans le passé à partir du jour de la conclusion de la vente » et dans l'espèce qui lui est soumise, elle fait application de ce principe à une promesse synallagmatique de vente avec dédit.

La mention relative au chiffre d'affaires est très précieuse. Aussi son omission est-elle fort grave et de nature à entraîner la nullité du contrat, si le bénéficiaire n'a pas connu par d'autres voies les recettes que devait énoncer son cocontractant. « De toutes les énonciations exigées par l'article 12, les renseignements concernant les chiffres d'affaires sont de ceux qui présentent pour l'acquéreur le plus d'importance ; ils sont, en effet, de nature à l'édifier sur la valeur réelle du fonds, ou tout au moins d'en déterminer les revenus possibles et leur omission apparaît comme assortie d'un caractère de gravité particulière lorsque l'absence de ces renseignements fait ressortir que l'acquéreur n'aurait vraisemblablement pas contracté s'il les avait connus » (2).

IV — BÉNÉFICES COMMERCIAUX

La mention relative aux bénéfices commerciaux est aussi importante que celle afférente au chiffre d'affaires et elle soulève les mêmes difficultés. On se demande aussi à son propos quels sont les chiffres et les années à déclarer.

A) — CHIFFRES A DECLARER :

Le promettant doit-il déclarer les bénéfices réels ou les bénéfices ayant servi de base au calcul de l'impôt ? Il y a intérêt à choisir, parce que ces deux chiffres ne coïncident pas. Le bénéfice qui sert de base au calcul de l'impôt diffère du bénéfice comptable, en raison des prescriptions du droit fiscal. Le Code général des impôts écarte des charges déductibles certains éléments qui sont retenus pour la détermination du bénéfice comptable : la taxe proportionnelle, la rémunération de l'exploitant, les intérêts du capital investi dans le fonds de commerce par exemple. Par ailleurs, le bénéfice forfaitaire retenu pour le calcul de l'impôt dû par les commerçants qui relèvent de ce mode d'imposition « doit correspondre au bénéfice que l'entreprise peut produire normalement » (3). Il s'agit donc d'une évaluation moyenne approchée. Le montant du forfait est, par suite, généralement différent du profit réel obtenu par le promettant. D'autre part, certains négociants dissimulent une partie de leurs bénéfices dans leurs déclarations fiscales. La fraude provoque ainsi une disparité supplémentaire entre profit réel et bénéfice fiscal.

(1) D.S. (S) 1955. 35.

(2) Trib. com. Reims 17 déc. 1935 2^e espèce S. 1936.2.90 — dans le même sens Trib. com. Marseille 8 juill. 1936 J. Marseille 1937.1.92 ; Trib. com. Béziers 6 mars 1939 G.P. 1939.1.736.

(3) Art. 6 al. 1 du décret n° 55-466 J.O. 1955 p. 4.376

Le législateur, après avoir envisagé au cours des travaux préparatoires l'indication des bénéfices ayant servi de base au calcul de l'impôt, a abandonné ce point de vue dans la rédaction définitive de l'article 12. Doctrine (1) et jurisprudence s'accordent pour exiger l'énunciation des bénéfices réels. Théoriquement, c'est ce chiffre qui est susceptible d'éclairer le mieux le bénéficiaire. Qu'on ne se trompe pas cependant. Le promettant qui a déclaré des bénéfices réduits à l'administration fiscale se gardera bien d'énoncer dans la promesse de vente son bénéfice réel, c'est-à-dire conforme à la réalité.

La Cour d'appel de Paris (2) déclare le 28 octobre 1953 « que les indications concernant les bénéfices du fonds de commerce, figurant sur la promesse de vente..., sont insuffisantes et ne répondent pas aux exigences de la loi puisque figure seulement, en ce qui concerne les bénéfices, l'indication du bénéfice fiscal forfaitaire et non celle du bénéfice réel ».

La jurisprudence décide donc, d'une façon quasi-unanime, que doivent être énoncés les bénéfices réels et non ceux ayant servi de base au calcul de l'impôt. Elle fait preuve de plus d'indécision, quand il s'agit de savoir si le promettant est tenu d'indiquer les bénéfices bruts ou bien les bénéfices nets ou encore les deux à la fois. Un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 24 juin 1938 (3) se prononce en faveur de l'énunciation des bénéfices bruts. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 2 mai 1938 (4) se déclare favorable à l'indication des bénéfices bruts et nets. Nous ne partageons pas ces opinions. Les bénéfices commerciaux, ce sont les bénéfices nets. Eux seuls présentent le caractère de revenu et permettent l'estimation de la valeur vénale du fonds de commerce. Eux seuls doivent être indiqués, selon nous (5).

Quid, lorsque le promettant ne tient pas de comptabilité ? Est-il pour cela dispensé d'énoncer dans la promesse de vente le montant de ses bénéfices commerciaux ? Certainement pas. Tout commerçant est obligé, en vertu des prescriptions du Code de commerce (art. 8 et 9), de tenir un livre-journal et un livre d'inventaire. Le manquement à cette obligation légale ne saurait légitimer l'inexécution de la formalité prévue à l'article 12-4°. Le tribunal de commerce de Boulogne l'a fait

(1) Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; Demontès et Jauffret t. 1 p. 428 n° 13 ; Jauffret Chr. R.D.C. 1953 p. 627 n° 8 ; J.C.C. fasc. X bis n° 64 ; Montier R.F.C. 1935 p. 467 ; Rival Rép. com. 1939 p. 118 ; Trasbot D.P. 1935.4.313 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216 — en sens contraire Meunier et Archevêque p. 166

(2) D. 1954.81 — dans le même sens Trib. com. Rouen 23 mars 1938 R.F.C. 1938.306 ; Paris 28 juin 1938 Gaz. trib. 10 sept. 1938 ; Trib. com. Rouen 16 sept. 1938 Rec. Hav. 1939.2.10 ; Rouen 2 mars 1939 R.F.C. 1939 p. 232 ; Trib. com. Béziers 6 mars 1939 G.P. 1939.1.736 — comp. Amiens 28 janv. 1938 S. 1938.2.137 ; Trib. com. Rouen 3 juin 1936 R.F.C. 1938.360 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227 ; Trib. com. Lyon 14 janv. 1953 D. 1953.280.

(3) R.F.C. 1939.173.

(4) Gaz. trib. 3 et 4 août 1938 — comp. Trib. com. Rouen 16 sept. 1938 Rec. Hav. 1939.2.10.

(5) Dans le même sens, Cohen n° 170 ; Montier n° 52 p. 26 ; Rival Rép. com. 1939 p. 118 — en sens contraire Meunier et Archevêque p. 166 ; Montier p. 26 n° 52.

remarquer avec pertinence (1). Il appartient au promettant de rétablir la consistance de ses profits (2) à l'aide de tous les documents comptables dont il dispose : factures d'achat, pièces de recettes et de dépenses.

B) — ANNEES A DECLARER :

La computation du délai de trois ans fixé à l'article 12 suscite en matière de bénéfices la même controverse qu'à propos du chiffre d'affaires. Les deux conceptions de l'année d'exploitation que nous avons écartées plus haut, au sujet des recettes, se heurtent toujours aux mêmes objections, décisives d'après nous. Que l'acquisition remonte ou non à plus de trois ans, doivent, à notre avis, être indiqués les bénéfices réalisés jusqu'au jour de la conclusion de la promesse de vente (3). Sans doute, le promettant rencontre-t-il de grandes difficultés pratiques pour énoncer dans l'acte le profit effectué au cours des derniers mois. Une promesse de vente est parfois conclue soudainement. Et cette rapidité explique que le commerçant ne procède pas à l'inventaire nécessaire pour la détermination du bénéfice. Néanmoins, il n'en est pas toujours ainsi. Les pourparlers sont souvent longs, les entrevues nombreuses entre futurs vendeur et acheteur. Avant de s'engager, l'amateur réclame un délai de réflexion. Rien ne s'oppose à ce que le promettant fasse alors l'inventaire des marchandises en magasin. Le travail peut être inutile, si l'affaire n'a pas de suite, mais nous paraît indispensable en vertu des prescriptions de la loi. La solution de droit est identique, qu'il s'agisse du chiffre d'affaires ou des bénéfices. Le délai de trois ans doit être calculé rétroactivement à partir du jour de la conclusion de la promesse de vente.

La jurisprudence est divisée. Certaines décisions se prononcent en faveur du système de l'année civile (4), d'autres pour le système de l'exercice comptable (5), d'autres enfin pour le système que nous défendons. D'après ces dernières décisions, doivent être énoncés les bénéfices réalisés au cours des trois dernières années calculées rétroactivement à partir du jour de la conclusion de la promesse de vente (6).

V — DROIT AU BAIL

Le promettant est tenu, enfin, d'énoncer dans la promesse de vente certains renseignements relatifs au droit au bail.

(1) 9 juin 1936 R.N.B. 1936.2.492

(2) Montier n° 50 p. 26

(3) Dans le même sens, Cohen n° 170 ; J.C.C. fasc. X bis n° 66 ; Rival Rép. com. 1939 p. 118 — en sens contraire, Meunier et Archevêque p. 166 ; Montier p. 26 n° 52.

(4) Trib. com. Le Havre 17 mars 1937 Rec. Hav. 1937.1.170 ; Trib. com. Rouen 16 sept 1938 Rec. Hav. 1939.2.10 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227

(5) Trib. com. Rouen 10 févr. 1939 R.F.C. 1939.247 ; Rouen 28 juin 1939 R.F.C. 1939.516

(6) Aix-en-Provence 14 déc. 1937 R. dr. fr. 1938.28 ; Trib. com. Lyon 17 févr. 1942 G.J.C.L. 1942.78 ; Civ. 24 nov. 1954 D.S. (S) 1955.35

A) — LE BAIL :

Il faut indiquer s'il existe un bail. S'il y a une simple location verbale, on en fera mention. Il n'est pas nécessaire de reproduire toutes les stipulations de l'acte. Le promettant doit, en effet, énoncer la durée du bail. Cette obligation serait superflue, si la reproduction intégrale du contrat était exigée par l'article 12-5°.

B) — SA DATE :

Il s'agit de la date du bail, mais non de celle de son enregistrement.

C) — SA DUREE :

La durée du bail est un élément capital, dont la mention ne doit jamais être omise. Le bail peut ne pas être renouvelé au moment de son expiration. Le bénéficiaire de la promesse de vente court donc un risque d'autant plus grand que la durée du bail est moins importante.

D) — NOM ET ADRESSE DU BAILLEUR :

Grâce à ces renseignements, le bénéficiaire pourra entrer en rapport avec le bailleur et s'informer de la nature des différentes clauses du contrat de louage. Par cette voie, il prendra connaissance du montant du loyer que le promettant n'est pas tenu de lui indiquer, contrairement à ce que pense un auteur (1) et à ce qu'ont jugé les conseillers de la Cour d'appel de Lyon (2). Dans la pratique, le promettant signale au cours des pourparlers le coût du loyer. Cette charge tend à devenir de plus en plus lourde. Il serait bon, de lege ferenda, d'en exiger l'énonciation dans les promesses de vente de fonds de commerce. C'est ce que propose également la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés (3) (chap. 1 art. II de l'avant-projet de loi relatif aux fonds de commerce).

E) — NOM ET ADRESSE DU CEDANT :

En cas de pluralité de cédants, on indiquera le nom et l'adresse du dernier.

F) — LECTURE DU BAIL :

Les formules des promesses de vente utilisées par les praticiens précisent généralement que lecture du bail a été faite en présence des parties contractantes. La loi du 29 juin 1935 ne le prescrit cependant pas.

(1) Vencent p. 26 et suivantes.

(2) 12 oct. 1937 R.F.C. 1937.553.

(3) T. III p. 429 et t. IV p. 409 et 411.

Section IV

Sanction en cas de défaut des mentions obligatoires

Quand les mentions obligatoires ne sont pas insérées, les promesses de vente encourent une sanction prévue par le dernier alinéa de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 : la nullité de l'acte. Après avoir étudié la nature de cette sanction, nous examinerons successivement les caractères de la nullité, la renonciation à l'exercice de l'action en nullité, le délai d'exercice de cette action, la compétence, la charge de la preuve, enfin les conditions du prononcé de la nullité.

I — NATURE DE LA SANCTION

Le dernier alinéa de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 prescrit que l'omission des énonciations obligatoires peut, sur la demande de l'acquéreur (ou du bénéficiaire) formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente (ou de promesse de vente). Ce texte prévoit donc une sanction en cas de défaut des mentions obligatoires : la nullité de l'acte. Nous devons nous demander si le bénéficiaire ne peut, en plus, requérir une condamnation du promettant à des dommages-intérêts.

A) — NULLITE DE L'ACTE :

Quel est cet acte, dont la nullité peut être ainsi prononcée ? L'acte en tant qu'instrument de preuve ? Ou bien l'acte juridique, c'est-à-dire la convention conclue entre promettant et bénéficiaire ? Si l'interprétation stricte prévalait en la matière, seul l'instrument de preuve serait annulé. La convention de promesse de vente, par contre, ne serait pas atteinte. Une telle interprétation aboutirait à des conséquences inconciliables avec le but poursuivi par les auteurs de la loi du 29 juin 1935. Supposons qu'un commerçant omette d'indiquer dans la promesse de vente le montant des bénéfices réalisés au cours des trois dernières années d'exploitation. L'acte ne pourrait servir de preuve. Mais le contrat serait maintenu. Or, le prix de vente du fonds de commerce pourrait se révéler trop élevé par rapport aux bénéfices réels. Le maintien de la convention dans de telles conditions exposerait le bénéficiaire à un grave préjudice que le législateur a voulu prévenir. Ce raisonnement par l'absurde nous autorise donc à conclure que c'est la convention de promesse de vente qui encourt la nullité. Cette interprétation est celle de la doctrine (1) et de la jurisprudence.

B) — DOMMAGES-INTERETS SUPPLEMENTAIRES :

Le bénéficiaire peut-il valablement réclamer des dommages-intérêts au promettant, en plus de l'annulation de la promesse

(1) Cohen n° 173 ; Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; J. et R. Delestrade p. 61 et suiv. ; Demars et Perrod p. 73 ; Gabreau et Taillefer commentaire de la loi du 29 juin 1935 p. 46 ; J.C.C. fasc. X bis n° 78 ; Laforge R.N.B. 1935.2. 524 ; Meunier et Archevêque p. 125 ; Ripert n° 507 ; Trasbot D.P. 1935.4.313 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216.

litigieuse ? La loi du 29 juin 1935 ne fait pas exception aux principes qui régissent la responsabilité civile. Si le bénéficiaire subit un préjudice en raison de la faute commise par son cocontractant, c'est-à-dire en raison de la nullité de la promesse de vente pour défaut des mentions obligatoires, il doit être indemnisé. La nullité du contrat peut fort bien ne pas réparer l'intégralité du dommage supporté. Un bénéficiaire, dans l'espoir d'acquérir un fonds de commerce, vend l'établissement qu'il exploitait jusqu'alors. Il s'aperçoit qu'il a été trompé par le promettant, plaide et obtient l'annulation de la promesse litigieuse. Il se trouve sans instrument de travail, puisqu'il a vendu, mais n'a pas acquis. La nullité du contrat ne constitue pas une indemnisation intégrale. Les tribunaux doivent lui octroyer des dommages-intérêts. A condition d'administrer la preuve d'un préjudice certain, direct, causé par le promettant et non réparé par la nullité du contrat, le bénéficiaire a droit, selon nous, à des dommages-intérêts (1).

La jurisprudence dominante statue en ce sens (2). Le tribunal de commerce de Boulogne (3) estime au contraire, à tort d'après nous, « que les dispositions prévues par les articles 12 et 15 de la loi du 29 juin 1935 ayant été créées au bénéfice de l'acheteur, ce dernier est mal fondé, en dehors de l'application de l'article 13 prévu à cette intention, à en poursuivre l'extension par une demande en dommages-intérêts ; qu'il échet de considérer que l'acheteur avait la possibilité de contracter en toute connaissance de cause et que, s'il a négligé le contrôle que la loi a mis à sa disposition, il a ainsi commis une faute qui lui est imputable ». C'est oublier qu'il appartient au promettant d'énoncer les renseignements prescrits à l'article 12. Le bénéficiaire n'est pas chargé de faire appliquer la loi. Avec un tel raisonnement, la nullité de la promesse de vente ne serait jamais prononcée, parce qu'on peut toujours reprocher au bénéficiaire d'avoir signé un contrat incomplet. La faute du promettant, qui n'est pas amoindrie par la négligence du bénéficiaire, constitue à la fois la cause du préjudice et la raison d'être des dommages-intérêts supplémentaires.

II — CARACTERES DE LA NULLITE

La nullité prévue au dernier alinéa de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 possède les caractères suivants : c'est une nullité de fond relative et facultative.

A) — NULLITE DE FOND :

L'article 12, dernier alinéa, sanctionne une règle de fond : l'obligation pour le promettant d'éclairer le bénéficiaire par l'énonciation de certains renseignements, mais non une règle de forme : l'obligation de dresser un acte écrit. La nullité ne peut être requise que par le

(1) Dans le même sens Demars et Perrod p. 73 — en sens contraire Esmein. Lois nouvelles 1935.1.197.

(2) 21 fév. 1938 R.F.C. 1938.168 — dans le même sens Aix-en-Provence 14 déc. 1937. R. dr. fr. 1938.128 ; Lyon 8 mai 1939. G.J.C.L. 1939.170.

(3) 9 juin 1936 R.N.B. 1936.2.492

bénéficiaire et pendant une année seulement. Si l'article 12 édictait une règle de forme, la nullité serait absolue, imprescriptible et à la disposition de tout intéressé. La nullité prescrite par l'article 12 est donc une nullité de fond, apparentée à celle qui est applicable en matière de vice du consentement (1).

B) — NULLITE RELATIVE :

La nullité prévue à l'article 12 in fine est incontestablement une nullité relative. Le bénéficiaire, seul, peut la requérir, à l'exclusion du promettant (2) tenu d'énoncer les mentions obligatoires. Les tribunaux ne peuvent la prononcer d'office (3). L'action en nullité, enfin, doit être intentée dans le bref délai d'une année. Ce sont les caractéristiques spécifiques de la nullité relative (4).

C) — NULLITE FACULTATIVE :

Les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation qui résulte du libellé même de l'article 12 in fine. L'omission des mentions obligatoires peut entraîner la nullité de l'acte. Les juges ont par conséquent la faculté, mais non l'obligation de prononcer la nullité de la promesse de vente litigieuse. Devant un texte aussi explicite, aucune controverse n'est concevable. Doctrine (5) et jurisprudence sont unanimes pour estimer que la nullité prescrite par l'article 12 est simplement facultative pour le juge. Nous examinerons plus bas dans quelles conditions les tribunaux usent ou devraient user, à notre avis, de la faculté qui leur est ainsi reconnue. Il convient de remarquer que l'avant-projet de loi relatif aux fonds de commerce, présenté devant la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, prescrivait dans sa rédaction initiale la nullité de plein droit des ventes et promesses de vente dépourvues des mentions obligatoires (6). La Commission plénière, après discussion, a décidé de rétablir la nullité facultative de la loi du 29 juin 1935. Nous estimons que ce dernier système est plus désirable qu'une nullité de plein droit. Quel intérêt y aurait-il à annuler une promesse de vente sans mention relative à l'état des privilèges et nantissemements, s'il n'existe aucune inscription grevant le fonds ? N'est-il pas suffisant d'annuler la convention, lorsque le bénéficiaire a émis un consentement vicié ? Le système de la nullité facultative, employé à bon escient, assure une protection efficace des

(1) Cohen n° 173 ; Ripert n° 507

(2) Lyon 10 févr. 1948 D. 1948 Som. p. 22

(3) Lyon 21 févr. 1938 R.F.C. 1938.168.

(4) Chassagnade-Belmin J. not. 1948 art. 42.508 ; Cohen n° 173 ; Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; Faure et Huillier p. 61 ; J.C.C. fasc. X bis n° 86 ; Ripert n° 507 ; Rival p. 27 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216

(5) Chassagnade-Belmin J. not. 1948 art. 42.508 ; Cohen n° 173 ; Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; Jean et René Delestrade p. 61 et suiv. ; Gabreau et Taillefer p. 33 ; J.C.C. fasc. X bis n° 87 ; Ripert n° 507 ; Rival 1937 p. 28 ; Trasbot D.P. 1935.4.313 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216

(6) Chap. I art. 2 al. 3 t. III p. 429 et t. IV p. 409 à 411.

intérêts des futurs acquéreurs. Nous reconnaissons néanmoins que la nullité obligatoire eût mis un terme aux violations de la loi et à l'arbitraire de la justice.

III — RENONCIATION A L'EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITE

La dérogation est nulle, la renonciation licite.

A) — NULLITE DE LA DEROGATION :

La dérogation est nulle parce que les dispositions de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 sont d'ordre public en raison du but poursuivi par le législateur. Les auteurs de la loi ont voulu moraliser les ventes et promesses de vente de fonds de commerce, interdire les manœuvres déloyales auxquelles se livraient les vendeurs pour tromper leurs cocontractants. Afin d'atteindre ce but, le législateur a institué au profit du bénéficiaire des promesses de vente une prérogative d'ordre public : le droit d'être renseigné sur la valeur et les charges du fonds de commerce grâce à des énonciations effectuées par le promettant. A cause des impératifs d'ordre public qui ont inspiré ces dispositions légales, la dérogation est nulle. On ne peut déroger, en effet, à une prérogative d'ordre public sanctionnée par une nullité relative, c'est-à-dire effectuer ce qu'on dénomme dans un langage maladroit une renonciation anticipée. Par conséquent, si le bénéficiaire s'engage dans la promesse de vente ou, a fortiori, avant la conclusion de celle-ci à ne pas intenter l'action en nullité, il n'y a pas, à vrai dire, renonciation, puisque c'est seulement après la formation de cette promesse que le bénéficiaire est en droit de requérir la nullité du contrat litigieux. Il s'agit, en réalité, d'une dérogation, qui doit être tenue pour nulle et non avenue, parce que sa validité réduirait à néant l'efficacité des dispositions d'ordre public. La clause de dérogation deviendrait de style et la loi serait tournée. Doctrine (1) et jurisprudence (2) sont d'accord sur ce point.

B) — LICITE DE LA RENONCIATION :

Pour renoncer à un droit, il faut en être titulaire. Le bénéficiaire ne peut donc renoncer à exercer l'action en nullité fondée sur l'article 12 in fine qu'après la conclusion de la promesse de vente. Cette renonciation nous semble licite, parce que, en droit commun, il est toujours possible de renoncer au bénéfice d'une prérogative d'ordre public sanctionnée par une nullité relative (3). M. Malaurie le rappelle avec pertinence : « Quand la loi d'ordre public vient ajouter un droit nouveau aux obligations nées du contrat, la conclusion de celui-ci fait naître instantanément le droit ; les parties peuvent donc y renoncer aussitôt après...

(1) Cohen n° 174 ; Montier p. 23 n° 44 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1. 1243 n° 15 ; Ripert note sous Riom 23 juin 1947 D. 1948.117 ; Rival 1937 p. 14 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216.

(2) Voir Trib. com. Mirecourt 13 déc. 1935 G.P. tab. 1^{er} semestre 1937 p. 86. Trib. com. Lyon 7 mars 1938 R.F.C. 1938.303 ; Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55 ; Poitiers 18 déc. 1953 D. 1954.519 note Malaurie.

(3) Note Malaurie sous Poitiers 18 déc. 1953 D. 1954.519.

En résumé, on peut dire qu'une renonciation à des prérogatives d'ordre public est valable toutes les fois qu'elles sont nées et qu'elles sont sanctionnées d'une nullité relative ». Le caractère d'ordre public attaché aux dispositions de l'article 12 n'est pas suffisant pour faire obstacle à toute renonciation, comme le pense M. le doyen Ripert (1). Le législateur n'a pas estimé « qu'il faut un certain délai à l'acquéreur pour se rendre compte de la valeur du fonds et pour apprécier qu'il a été ou non trompé par le défaut dans l'acte des énonciations exigées par la loi » (1). Le bénéficiaire n'a pas un an pour réfléchir, il a un an pour intenter l'action en nullité.

Il n'y a pas à craindre, d'autre part, que les dispositions d'ordre public prescrites par l'article 12 ne soient éludées par l'effet d'une renonciation. Seule, en effet, une renonciation effectuée en pleine connaissance de cause est licite. Quand un contractant émet un consentement vicié par erreur, dol ou violence, il ne peut valablement confirmer le contrat que lorsque le vice a cessé (2). Sinon, sa manifestation de volonté serait sans valeur, car elle n'émanerait pas d'une personne éclairée. Il en est de même en notre matière. La cause de la nullité réside dans le défaut des mentions obligatoires qui provoque chez le bénéficiaire un vice du consentement dont nous préciserons plus loin la nature. Pour renoncer régulièrement à l'exercice de l'action en nullité, le bénéficiaire doit donc être renseigné sur la valeur et les charges du fonds de commerce, connaître ces énonciations qui manquent dans la promesse de vente. Par suite, les périls qui résulteraient d'une renonciation aveugle ne sont pas à redouter. Le problème que nous examinons doit par conséquent être résolu à l'aide des règles du droit commun : une renonciation à l'exercice de l'action en nullité, accomplie en pleine connaissance de cause, est licite (3). La jurisprudence, semble-t-il, adopte cette opinion (4).

La renonciation peut être expresse et résulter d'un acte écrit, ou bien tacite et découler de l'exécution du contrat. Le bénéficiaire qui signe un acte définitif de vente pourvu de toutes les énonciations légales est mal fondé, estimons-nous, à intenter ensuite une action en nullité de la promesse antérieure, sous prétexte que celle-ci n'était pas conforme aux prescriptions de l'article 12. La signature de l'acte de cession équivaut à une renonciation tacite.

IV — DELAI D'EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITE

Dans le cas où le bénéficiaire ne renonce pas à intenter l'action en nullité prévue par l'article 12 in fine, il doit saisir le tribunal compétent dans le délai d'un an (5). Nous étudierons la nature de ce délai, son point de départ et son point d'arrivée.

(1) Note précitée D. 1948.117.

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 758.

(3) Montier p. 23 n° 44

(4) Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55

(5) Trib. com. Le Havre 27 mai 1937 Rec. Hav. 1938.1.24.

A) — NATURE DU DELAI :

On s'accorde (1) pour penser que le délai d'exercice de l'action en nullité est un délai préfix, un délai de déchéance, mais non de prescription. Plusieurs conséquences en résultent. La citation devant un juge incompétent n'interrompt pas le délai (2). Les causes de suspension de la prescription (art. 2251 et suivants C. civ.) sont inopérantes. La nullité de la promesse de vente, après l'expiration du délai, ne peut être invoquée même par voie d'exception (3).

B) — POINT DE DEPART DU DELAI :

Selon nous, le point de départ du délai d'exercice de l'action en nullité prévue par l'article 12 in fine doit être le jour de la conclusion de la promesse de vente (4). Nous avons montré, dans la seconde moitié de ce chapitre, que toutes les promesses de vente, unilatérales ou synallagmatiques avec ou sans dédit, étaient assujetties aux formalités de l'article 12. La signature par le bénéficiaire d'une promesse dépourvue des mentions obligatoires fait, par suite, naître l'action en nullité. Le délai préfix doit donc logiquement commencer à courir à partir du jour où se produit le fait générateur de l'action en nullité sujette à déchéance, c'est-à-dire à partir du jour de la conclusion du contrat défectueux.

La Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés décide de fixer le point de départ du délai d'un an à la date de la prise de possession (5). Nous croyons que cette disposition est regrettable en matière de promesse de vente. L'avant-projet de loi relatif aux fonds de commerce soumet ces conventions à la formalité des énonciations obligatoires sous peine de nullité facultative (art. 2 al. 2 du chap 1). Le bénéficiaire ne pourrait cependant requérir la nullité avant son entrée en possession. Ne serait-il pas plus simple de lui permettre de saisir le tribunal dès la conclusion de la promesse ?

Dans l'état actuel de la législation, il nous semble raisonnable que le délai d'un an soit computé à partir du jour de la conclusion de la promesse de vente. La jurisprudence est divisée. La Cour d'appel de Paris (6), le 1^{er} décembre 1938, juge que « le point de départ est l'acte de vente et non ses antécédents plus ou moins éloignés ». Dans l'espèce soumise à la cour, il s'agit pourtant d'une promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive. Cette même juridiction se

(1) Cohen n° 173 bis ; Esmein Lois nouv. 1935.1.200 n° 73 ; J.C.C. fasc. X bis n° 84 ; Ripert n° 507 ; Rival mise à jour 1943 p. 9 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216 — voir Trib. com. Montauban 8 juin 1937 G.P. 1938.2.279 ; Rouen 23 janv. 1948 S. 1949.2.76.

(2) Trib. com. Montauban 8 juin 1937 G.P. 1938.2.279

(3) Req. 6 mars 1939 D.P. 1939.1.880

(4) Dans le même sens Rival 1937 p. 23 et suiv. — comp. Montier p. 35 n° 72.

(5) T. III p. 429 et t IV p. 409 à 411.

(6) R.F.C. 1939.58.

déjuge le 17 mars 1939 (1) et accueille une action en nullité dirigée contre une promesse synallagmatique de vente avec dédit, pour ce motif que « la demande est introduite dans l'année qui a suivi le contrat ». Selon nous, même lorsque la promesse de vente est unilatérale et ne contient pas accord définitif sur la chose et sur le prix, le délai court à partir de la conclusion de cette promesse parce que le bénéficiaire est en droit, dès ce moment, d'intenter l'action en nullité.

C) — POINT D'ARRIVÉE DU DELAI :

Le point d'arrivée du délai est la veille du premier anniversaire de la conclusion de la promesse de vente litigieuse (2). Le délai prévu à l'article 12 in fine de la loi du 29 juin 1935 n'est, ni un délai franc, ni un délai de procédure. Il en résulte que l'article 1033 C. proc. civ. est inapplicable en l'espèce. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou un samedi, l'action en nullité doit être exercée la veille. Il en résulte également que le délai d'un an ne peut être accru en raison des distances.

V — COMPETENCE EN MATIÈRE D'ACTION EN NULLITÉ

Nous préciserons successivement la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione loci*.

A) — COMPETENCE RATIONE MATERIAE :

Au lendemain de la promulgation de la loi du 29 juin 1935, on a discuté du point de savoir quel était le juge compétent en matière d'action en nullité fondée sur l'article 12. Dans ses dispositions temporaires prévoyant la révision du prix de vente des fonds de commerce, la loi accordait, en effet, compétence au président du tribunal de commerce. On s'est demandé, en l'absence d'une prescription spéciale, si cette compétence englobait le contentieux des actions en nullité. La doctrine s'est prononcée en faveur de la compétence du tribunal de commerce, d'après nous, avec juste raison. Il faut une indication formelle dans la loi pour attribuer compétence au président de la juridiction consulaire. A défaut, il convient d'appliquer les principes du droit commun. Or, la juridiction compétente pour trancher les procès en matière commerciale qui concernent le fond du droit, est le tribunal de commerce. C'est donc celui-ci qui est compétent pour statuer sur l'action en nullité prévue par l'article 12 in fine de la loi du 29 juin 1935 (3).

(1) R.F.C. 1939.225 — dans le même sens Rouen 23 janv. 1948 S. 1949.276.

(2) Dans le même sens Rouen 23 janv. 1948 S. 1949.276.

(3) Dans le même sens Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; J.C.C. fasc. X bis n° 79 ; Rival mise à jour 1943 p. 9

B) — COMPETENCE RATIONE LOCI :

Le tribunal compétent *ratione loci* est celui du domicile du défendeur (art. 420 C. proc. civ.), par suite du promettant (1). Quand les formules de promesse de vente comportent une clause d'élection de domicile en les bureaux de l'intermédiaire, rédacteur de l'acte, le bénéficiaire peut assigner son cocontractant devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel sont situés ces bureaux (art. 3 du C. civ.). Souvent même, il est obligé d'introduire l'action en nullité devant ce tribunal en vertu d'une clause attributive de compétence.

VI — CHARGE DE LA PREUVE

Le fardeau de la preuve dans le procès en nullité doit reposer, d'après les uns, sur les épaules du promettant, suivant les autres, sur la tête du bénéficiaire.

A) — AU PROMETTANT :

Le promettant, affirme-t-on (2), viole les prescriptions légales par le fait qu'il n'énonce pas les mentions obligatoires. A lui de prouver que sa faute n'a causé aucun préjudice à sa victime. On fait remarquer que la loi du 29 juin 1935 est destinée à protéger les acquéreurs ou bénéficiaires. Leur imposer la charge de la preuve, c'est nuire à l'efficacité du texte légal et faciliter la réapparition des abus antérieurs. Cette opinion n'est pas fondée.

B) — AU BENEFICIAIRE :

En vertu des principes fondamentaux, c'est au bénéficiaire qu'appartient la charge de la preuve (3). Au demandeur d'administrer la preuve du bien-fondé de son action. Or, le bénéficiaire demande au tribunal de prononcer la nullité de la promesse de vente. Il doit, par suite, démontrer que le contrat, non seulement n'est pas conforme aux prescriptions de la loi, mais encore lui cause préjudice. Nous avons signalé plus haut que l'action en nullité fondée sur l'article 12 était apparentée aux actions en nullité pour vice du consentement. Il est admis que le contractant dont le consentement est vicié est contraint de prouver l'existence de l'erreur, du dol ou de la violence, bref, d'exposer les raisons qui motivent l'annulation du contrat. Le bénéficiaire de la promesse de vente n'est pas privilégié. Sans doute, la loi du 29 juin 1935 a-t-elle été promulguée contre les promettants. Elle n'apporte, néanmoins, aucune dérogation aux règles de la preuve.

On soutient, dans une opinion intermédiaire (4), que le bénéficiaire doit prouver uniquement l'omission des mentions obligatoires, mais non

(1) Crémieu Gaz. prud. 1935 p. 223 ; J.C.C. fasc. X bis n° 79 ; Rival mise à jour 1943 p. 9

(2) Planqueel G.P. 1939.1. Doct. p. 47 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216.

(3) J.C.C. fasc. X bis n° 89

(4) Montier p. 29 n° 57 et suivants

l'existence d'un vice du consentement lui ayant causé préjudice. Le promettant devrait administrer la preuve que son cocontractant a consenti, en fait, en pleine connaissance de cause. Ce raisonnement n'est pas convaincant. Il ne faut pas confondre preuve de l'intérêt nécessaire pour agir en justice et preuve du bien-fondé de l'action. Lorsque le bénéficiaire démontre que la promesse de vente ne comporte pas les énonciations légales, il prouve qu'il a intérêt à saisir le tribunal, mais non que son action est recevable. Il ne s'acquitte pas intégralement de la preuve qui lui incombe.

On se plaint des difficultés de cette preuve et de l'inefficacité de la loi. Ces plaintes sont exagérées. Peut-être serait-il malaisé pour le bénéficiaire d'administrer la preuve de son « erreur » (1). En fait, il lui appartient couramment, nous tenterons de le démontrer plus bas, de prouver une lésion appréciée objectivement. Ce système, s'il était plus fréquemment adopté par la jurisprudence, faciliterait la tâche du bénéficiaire. Le reproche d'inefficacité est également immérité. Il suffit de parcourir les recueils judiciaires pour constater que la nullité des promesses de vente de fonds de commerce est souvent prononcée par les juridictions.

Il n'y a donc, selon nous, aucune raison valable pour faire subir une entorse aux principes de la preuve. La jurisprudence unanime partage cette opinion, que la Cour de cassation vient d'entériner dans un arrêt rendu le 21 juillet 1953 (2) : « Il incombe à l'acquéreur, demandeur à l'annulation du contrat, de prouver que du fait de l'omission des énonciations exigées par la loi, son consentement a été vicié et qu'il a subi un préjudice ».

En étudiant les conditions du prononcé de la nullité, nous aurons l'occasion de préciser la nature et de ce vice du consentement et de ce préjudice.

VII — CONDITIONS DU PRONONCE DE LA NULLITE

En raison du caractère facultatif de la nullité prescrite par l'article 12 « in fine » de la loi du 29 juin 1935, les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation, qui n'est point cependant discrétionnaire, mais est enserré dans certaines limites dont nous apprécierons l'opportunité. Pour que la nullité de la promesse de vente litigieuse soit prononcée, le promettant doit avoir omis en tout ou en partie les mentions obligatoires, le bénéficiaire doit avoir émis un consentement vicié et subir un préjudice.

A) — OMISSION DES MENTIONS OBLIGATOIRES :

L'interprétation stricte du texte conduirait à admettre que seule une promesse de vente démunie de toutes les mentions obligatoires peut

(1) Viatte J. not. 1950 art. 43216

(2) G.P. 1953.2.316 — dans le même sens Paris 3 mai 1938 Gaz. trib. 3 et 4 août 1938 ; Trib. com. Le Havre 16 mai 1938 Rec. Hav. 1939.1.8 ; Lyon 16 déc. 1941 G.J.C.L. 1942.61 ; Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227.

être annulée, puisque l'article 12 réglemente « l'omission des énonciations ci-dessus prescrites ». Cette maladresse de rédaction n'autorise pas cependant une atteinte à l'esprit de la loi. Il est évident que l'omission d'une seule des mentions obligatoires suffit à préjudicier aux intérêts du bénéficiaire et à provoquer la nullité de la promesse de vente (1). L'opinion contraire aboutirait à des conséquences inadmissibles. Ce point de vue est confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Rouen (2) qui, en présence de l'omission d'une seule énonciation : celle relative aux bénéfices commerciaux, estime que le bénéficiaire « serait en droit de demander la nullité » de la promesse de vente.

Dans la pratique, il n'est pas rare que des promesses de vente soient dépourvues de tous les renseignements prescrits (3). Est-il besoin de souligner que la preuve du bénéficiaire est dans ce cas facilitée ? La nullité de la promesse de vente ne doit pas cependant être prononcée automatiquement, même dans cette circonstance ; il faut que le bénéficiaire soit victime d'un vice du consentement et subisse un préjudice.

B) — VICE DU CONSENTEMENT :

Ce vice du consentement n'est pas l'erreur sur la substance de la chose, comme le pensent certains auteurs (4) et le soutiennent certaines juridictions (5). Il ne peut davantage être confondu avec le dol ou la violence. La notion de vice du consentement de droit commun est à écarter, parce que les auteurs de la loi précitée l'ont estimée insuffisante et ont voulu la perfectionner. Avant la promulgation de ce texte, la jurisprudence repoussait les actions en nullité de vente de fonds de commerce basées sur une dissimulation des charges ou une erreur sur l'importance des bénéfices ou du chiffre d'affaires. Pour mettre un terme à cette sévérité et aux abus qui en résultaient, le législateur a forgé un vice du consentement spécial, distinct de ceux du droit commun : l'ignorance des renseignements que vendeurs et promettants sont tenus d'énoncer dans tout acte de vente ou de promesse de vente. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 mai 1952, semble adopter cette conception du vice du consentement spécial. Remarquant qu'il n'est pas établi qu'à l'époque où le bénéficiaire s'est engagé, il ait connu les conditions du bail, le chiffre d'affaires et les bénéfices réalisés dans le fonds, elle conclut que « cette ignorance de ces divers éléments d'appréciation de la valeur d'un fonds de commerce a vicié le consentement » du bénéficiaire.

(1) Dans le même sens Esmein *Lois nouvelles* 1935.1.200, J.C.C. fasc. X bis n° 89, Gabreau et Taillefer p. 33, Meunier et Archevêque p. 124, Rival mise à jour 1943 p. 9, Viatte J. not 1950 art. 43216 — en sens contraire Demars et Perrod p. 73

(2) 2 mars 1939 R.F.C. 1939.232

(3) Paris 17 mars 1939 R.F.C. 1939.225, Trib. civ. Saumur 6 janv. 1949 D. 1949.404, Bourges 18 janv. 1949 D. 1949.576, Trib. com. Nantes 20 nov. 1950 D. 1951.55, Bordeaux 20 nov. 1956 S. 1957.158

(4) Cohen n° 173, Ripert n° 507

(5) En particulier, Montpellier 29 nov. 1950 D. 1951.103 et G.P. 1951.1.54.

Mais la loi du 29 juin 1935 n'a pas institué un procédé formaliste. L'essentiel est que le bénéficiaire soit renseigné. Lorsqu'il l'a été par d'autres voies que l'insertion des mentions obligatoires dans la promesse de vente, il n'y a point vice du consentement, selon nous. En est-il de même quand le promettant est dispensé par son cocontractant de la formalité prévue par l'article 12 « in fine » ?

a) — Renseignements par d'autres voies :

A notre avis, la promesse de vente ne doit pas être annulée, si le promettant a indiqué oralement ces renseignements qu'il était tenu d'énoncer dans l'acte. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas vice de consentement, parce qu'il n'y a pas ignorance. La Cour d'appel de Bourges (1) juge ainsi que « la nullité peut ne pas être prononcée s'il est établi que l'acheteur, au moment où il a signé l'acte, avait une parfaite connaissance tant du chiffre d'affaires que des bénéfices réalisés par son vendeur et de tous autres éléments lui permettant d'être renseigné sur la valeur exacte du fonds à lui vendu, au jour de la cession ». Cet arrêt doit être approuvé. Annuler une promesse de vente sous prétexte que certaines énonciations font défaut alors que le bénéficiaire en a eu connaissance, c'est aller, d'après nous, à l'encontre de l'esprit de la loi et pécher par formalisme. Quand le propriétaire de l'établissement a communiqué lui-même verbalement les indications prescrites, on ne peut même pas déclarer, pensons-nous, qu'il s'est rendu coupable d'une réticence. Au contraire, cette dernière est accomplie, dans le cas où l'acheteur en puissance a été informé par une autre personne que son cocontractant. Même dans cette hypothèse, nous estimons que la convention litigieuse ne doit pas être annulée, car la nullité est destinée à protéger le bénéficiaire beaucoup plus qu'à punir le promettant. C'est évidemment à celui-ci qu'il appartiendra de prouver que l'autre partie a été réellement renseignée par d'autres voies que l'énonciation dans l'acte et n'a point émis un consentement vicié. Il s'agit, en effet, d'une exception qui vient contrecarrer l'action en nullité introduite par le bénéficiaire.

La Cour d'appel de Paris partage également cette conception du vice du consentement. Dans un arrêt du 28 octobre 1953 (2), elle juge « que les époux F... (bénéficiaires) n'ont pas reçu en temps utile les renseignements prescrits par la loi » et reçoit leur demande en nullité parce « que rien n'établit qu'ils aient eu par ailleurs des renseignements leur permettant de se faire une idée exacte de la valeur du fonds de commerce ». Notons cependant, en sens contraire, un jugement du tribunal de commerce de Nantes (3) dans lequel on lit que « des indica-

(1) 18 janv. 1949 D. 1949.576 — dans le même sens Trib. com Lyon 1^{er} juill. 1936 G.J.C.L. 1936.301.

(2) D. 1954.81.

(3) 20 nov. 1950 D. 1951.55.

tions verbales par un tiers... ne sauraient suppléer aux énonciations écrites exigées par la loi afin d'éviter précisément les surprises et les erreurs possibles des déclarations verbales ». Dans la mesure où elles sont exactes, les indications verbales ne peuvent créer des surprises, ni provoquer des erreurs.

b) — **Clause de dispense :**

Les promesses de vente de fonds de commerce dépourvues des énonciations légales comportent souvent une clause, dite de dispense, selon laquelle le bénéficiaire se déclare suffisamment informé et dispense son cocontractant de lui fournir les renseignements prescrits par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Cela prouve-t-il que le bénéficiaire a émis un consentement éclairé ?

Une pareille clause ne peut remplacer l'insertion dans l'acte des mentions obligatoires (1). La Cour d'appel de Lyon (2) décide le 26 juillet 1950 « que la clause aux termes de laquelle les acquéreurs déclarent avoir pris connaissance des chiffres d'affaires et des bénéfices commerciaux ne saurait remplacer l'indication précise et exacte de ces chiffres, car elle ne permet aucun contrôle par les tribunaux et deviendrait vite une clause de style sans valeur, permettant de tourner la difficulté et de violer impunément la loi, ouvrant la porte à des fraudes de toute nature ». Il est certain que cette clause entraverait l'exercice ultérieur de l'action en garantie fondée sur l'article 13, comme le remarque pertinemment la Cour d'appel de Lyon dans son arrêt du 16 décembre 1941 (3). Il est certain également qu'elle ne prouve en rien l'absence d'un vice du consentement.

Nous ne pensons pas, cependant, que la clause de dispense doive être réputée « nulle et de nul effet » (4). Nous estimons que les juges doivent apprécier la sincérité de cette stipulation, présumée exacte jusqu'à preuve du contraire. S'il est vrai que le bénéficiaire a été renseigné sur la valeur et les charges du fonds de commerce avant la conclusion de la promesse de vente, il doit être débouté (5) car son consentement n'a pas été vicié. L'action en garantie basée sur l'article 13 ne risque pas d'être paralysée. Pour démontrer la véracité de la clause de dispense, le promettant ne devra pas se contenter de prouver qu'il a fourni oralement des renseignements, il devra encore en préciser la nature. Il serait illégal, à notre sens, d'annuler une promesse de vente de fonds de commerce dépourvue des mentions obligatoires sous prétexte

(1) Cohen n° 174 ; J.C.C. fasc. X bis n° 90 ; Montier p. 23 n° 44 ; Ripert sous Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97 ; Rival mise à jour 1943.

(2) D. 1951.97 — dans le même sens Limoges 15 mai 1936 S. 1936.2.123 ; Paris 17 mars 1939 R.F.C. 1939.225 ; Lyon 16 déc. 1941 G.J.C.L. 1942.61 — en sens contraire Nancy 21 nov. 1938. D.H. 1939.75.

(3) G.J.C.L. 1942.61.

(4) Trib. com. Lyon 14 avr. 1937 G.J.C.L. 1937. 243

(5) Ripert note sous Lyon 26 juill. 1950 D. 1951.97

que l'article 12 impose une preuve préconstituée indispensable pour l'application de l'article 13, comme le soutient le jurisclasseur commercial (1). L'article 12 prévoit, en effet, une nullité facultative.

La jurisprudence dominante attribue une certaine valeur à la clause de dispense. Elle la considère comme une présomption jouant, jusqu'à preuve du contraire, en faveur du promettant. Ce système nous semble raisonnable. Il est exposé dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bourges (2). « Considérant que les époux D... (bénéficiaires) ont formellement reconnu dans l'acte du 29 janvier 1948 connaître le fonds, objet de la vente, pour l'avoir visité et obtenu les renseignements nécessaires d'A..., que rien dans leur attitude ultérieure ne permet de dire que cette reconnaissance aurait été surprise à leur bonne foi... qu'on peut en déduire, ainsi qu'ils l'ont reconnu dans le compromis (sic), que les renseignements énoncés dans l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 leur avaient été communiqués, qu'ils ne pouvaient donc plus se prévaloir d'une nullité facultative, dont ils avaient clairement manifesté l'intention de ne pas se prévaloir faute de motif »

C) — PREJUDICE :

Quand il est démontré que le bénéficiaire a conclu la promesse de vente dans l'ignorance des renseignements prescrits par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, les deux premières conditions du prononcé de la nullité sont réunies. Pour que le tribunal annule le contrat litigieux, il faut en plus que le bénéficiaire ait subi un préjudice, dont nous nous efforcerons de préciser la nature.

a) — Nécessité d'un préjudice :

Pas de préjudice, pas de nullité. Sinon, on tombe dans un formalisme contraire aux intentions des auteurs de la loi du 29 juin 1935. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (3) s'élève pourtant contre cette nécessité du préjudice : « Considérant, en effet, que la loi du 29 juin 1935 oblige les vendeurs d'un fonds de commerce à énoncer dans les actes les éléments essentiels permettant aux acquéreurs de se faire une opinion de la valeur du fonds; qu'elle sanctionne éventuellement par la nullité l'omission de ces énonciations ; que, sans doute, la nullité ne doit pas être prononcée lorsque l'acquéreur a eu par ailleurs des éléments d'information nécessaires ; mais qu'elle doit l'être lorsqu'il n'a trouvé ces éléments ni dans l'acte de vente ou de promesse de vente ni dans d'autres sources d'informations et qu'il a pris un engagement dont il ne peut pas apprécier le bien-fondé ; considérant qu'il est conforme à l'esprit de la loi qu'en tel cas l'acquéreur ne soit pas lié par un engagement souscrit dans l'obscurité, et qu'il puisse en faire prononcer la nullité ».

(1) J.C.C. fasc. X bis n° 19

(2) 18 janv. 1949 D. 1949. 576 — dans le même sens Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227.

(3) 28 oct. 1953 D. 1954.81.

Cet arrêt fort intéressant nous paraît très critiquable. Il est intéressant, parce qu'il indique avec clarté les conditions du prononcé de la nullité et énonce une conception peu commune du pouvoir d'appréciation qui appartient aux tribunaux en cette matière. Pour les conseillers de la Cour d'appel de Paris, la promesse de vente doit être annulée, lorsque le bénéficiaire contracte dans l'ignorance des renseignements prescrits par l'article 12. D'après ces magistrats, omission des énonciations et vice du consentement sont donc les seules conditions du prononcé de la nullité. Par contre, le préjudice ne leur semble pas indispensable. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux se ramène par conséquent à rechercher si le bénéficiaire « n'eut pas, par ailleurs, les éléments d'information nécessaires ». La nullité demeure ainsi facultative. Elle est amputée d'une de ses conditions que nous estimons essentielle : le préjudice. Cette décision est révolutionnaire. Elle encourt, selon nous, la critique parce qu'il n'y a vraiment aucune raison valable de prononcer la nullité d'une promesse de vente qui ne cause aucun dommage à l'acquéreur en puissance.

La jurisprudence dominante corrobore notre opinion et ne prononce la nullité qu'en cas de préjudice du bénéficiaire. Le tribunal de commerce de Saint-Etienne juge, le 6 juillet 1939 (1), « qu'il faut, pour que la nullité prévue à l'article 12 soit prononcée, qu'un préjudice ait été subi par l'acheteur », ou par le bénéficiaire. Le 7 juillet 1939, le tribunal de commerce de Marseille (2) repousse une action en nullité par ce motif que « l'acheteur a eu connaissance exacte de la valeur du fonds de commerce », donc n'a subi aucun préjudice. C'est également l'absence de préjudice qui incite la Cour d'appel d'Aix à débouter le 4 avril 1939 un bénéficiaire qui se plaignait de l'omission de tout renseignement sur le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux, alors qu'il désirait seulement supprimer un concurrent (3). Nous croyons d'ailleurs devoir faire des réserves sur cette décision. Même quand on achète un fonds de commerce pour supprimer un concurrent, on a intérêt à connaître chiffre d'affaires et bénéfices commerciaux réalisés dans l'établissement pour se rendre compte de la justesse du prix. Si le promettant omet d'énoncer ces indications dans le but de réclamer un prix de vente excessif, le bénéficiaire subit un préjudice. La Cour d'appel de Montpellier, le 29 novembre 1950 (4), repousse une action en nullité dirigée contre une promesse synallagmatique de vente par ce motif que « l'inobservation des prescriptions de l'article 12 précité n'a eu dans l'économie de la vente aucune incidence préjudiciable à l'acquéreur ». La Cour de cassation (5), de son côté, affirme le 21 juillet 1953 qu'« il incombe à l'acquéreur, demandeur en annulation du contrat, de prouver que, du fait de l'omission des énonciations exigées par la loi,il a subi un préjudice ».

(1) R.F.C. 1939.527

(2) R.F.C. 1939.532

(3) R.F.C. 1939.454

(4) G.P. 1951.154 et D 1951.103

(5) G.P. 1953.2.316 — comp. Civ. 4 déc. 1957 G.P. 8-11.2.1958

b) — Nature du préjudice :

Nombreuses sont les décisions judiciaires qui annulent des promesses de vente de fonds de commerce pour violation des dispositions de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Et cependant, lorsqu'on tente de dégager la conception jurisprudentielle du préjudice, on se heurte à mille difficultés, on se perd dans le dédale des cas d'espèce. Les auteurs s'entendent, en général, pour exiger un préjudice, mais omettent de le définir d'une façon nette. Un effort de systématisation est donc à fournir en la matière.

Selon nous, le bénéficiaire subit un préjudice, quand la réalisation de la promesse de vente l'exposerait, soit à un risque d'éviction, soit à une lésion.

1) — Risque d'éviction :

L'éviction qui menace le bénéficiaire peut être le fait, soit d'un créancier, soit du propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds de commerce.

En premier lieu, le bénéficiaire court un risque d'éviction, dans le cas où les créances garanties par privilège ou nantissement sur le fonds de commerce représentent une somme plus importante que le prix de vente arrêté dans la promesse. Dans cette occurrence, les créanciers ne seront pas intégralement désintéressés. Ils exerceront le droit de suite dont ils sont titulaires et feront procéder à la saisie et à la vente de l'établissement. On conçoit que, dans une telle hypothèse, l'ignorance des charges ait causé un préjudice au bénéficiaire. Il est évident qu'il n'aurait pas contracté s'il avait connu la situation exacte. La promesse de vente doit être annulée : toutes les conditions du prononcé de la nullité sont réunies. A notre avis, le bénéficiaire ne subit au contraire aucun dommage, lorsque les charges révélées après la conclusion de la promesse n'absorbent pas entièrement le prix de vente du fonds. Il n'encourt aucun risque d'éviction, puisque les créanciers pourront être payés. Il n'y a pas lieu à nullité de l'acte. A plus forte raison, ne doit-on pas annuler une promesse de vente, sous prétexte qu'elle ne comporte aucune indication sur l'état des privilèges et nantissements, quand le fonds n'est grevé d'aucune inscription (1). C'est dans une telle circonstance qu'apparaît l'opportunité de la nécessité d'un préjudice.

En second lieu, le propriétaire de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds de commerce est en droit de s'opposer au renouvellement du bail et de reprendre les locaux sans verser aucune indemnité d'éviction au locataire sortant dans des hypothèses limitativement énumérées par la loi du 31 décembre 1953 (2) : motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant, immeuble insalubre à démolir, immeuble à reconstruire, reprise afin d'habiter. Dans les autres cas, le refus

(1) Trib. com. Marseille 8 juill. 1936 J. Marseille 1937.1.92

(2) J.O. du 6 janvier 1954.

de renouvellement du bail oblige le propriétaire à verser une indemnité d'éviction, le plus souvent représentative de la valeur du fonds de commerce. Par ailleurs, le droit au renouvellement du bail n'est accordé qu'aux commerçants qui sont en mesure de justifier, soit d'une exploitation personnelle, soit d'une jouissance, pendant deux ans en cas de bail écrit, ou quatre ans en cas de location verbale. Il en résulte que le bénéficiaire s'expose à être évincé, s'il ne peut faire la preuve d'une exploitation personnelle ou d'une jouissance pendant le délai exigé par la loi, ou si le propriétaire est décidé à reprendre les locaux afin de démolir, de reconstruire ou d'habiter l'immeuble où sont situées les installations commerciales. A supposer que ce risque d'éviction n'existe qu'en raison d'une dissimulation coupable du promettant qui a omis d'indiquer dans la promesse de vente le nom et l'adresse du bailleur ainsi que la durée du bail, le bénéficiaire est victime d'un préjudice qui l'autorise à poursuivre la nullité de la promesse litigieuse. Cette première source de préjudice : le risque d'éviction, est moins fréquente que la seconde : la lésion.

2) — Lésion :

En effet, le bénéficiaire supporte, d'après nous, un préjudice, lorsqu'il contracte dans des conditions désavantageuses et s'engage à acheter le fonds de commerce pour un prix sans commune mesure avec le chiffre d'affaires, les bénéfices commerciaux ou le prix de la précédente acquisition que lui a cédés son cocontractant, bref quand il est victime d'une lésion.

Cette conception risque de susciter de vives controverses. Elle nous semble, cependant, découler logiquement de la loi du 29 juin 1935. Avant le vote de ce texte, la jurisprudence déboutait les bénéficiaires qui alléguaient une erreur, soit sur l'importance du chiffre d'affaires ou des bénéfices commerciaux, soit sur la valeur du fonds de commerce. Elle rétorquait avec pertinence qu'en principe la lésion n'est pas admise dans les contrats entre majeurs. Le promettant pouvait faire « mousser » son affaire en toute quiétude, se livrer à des déclarations mensongères sur le montant des recettes ou des profits. Il n'encourait pas la censure des tribunaux. Les transactions relatives aux fonds de commerce se déroulaient ainsi dans des conditions peu morales. Les auteurs de la loi de 1935 ont désiré mettre un terme à de telles pratiques et protéger les bénéficiaires contre les manœuvres déloyales des promettants. Cette intention nous est révélée par le rapport présenté devant le Sénat (1) : « Actuellement, déclare le rapporteur, lorsque le vendeur affirme toute une série de faits relatifs aux bénéfices ou aux chiffres d'affaires et que l'acquéreur se trouve ainsi trompé, la jurisprudence et la loi n'accordent à ce dernier aucun moyen de se défendre. Voici que le titre III précise les mentions qui devront être obligatoirement inscrites dans les actes de vente de fonds de commerce, de manière que les acquéreurs ne

(1) Rapport Maulion, Déb. Sén. J.O. 19 juin 1935 p. 638.

soient plus trompés et disposent exactement de tous les renseignements nécessaires pour apprécier, au point de vue financier, le contrat qu'ils passent ». Donc, le législateur a voulu remédier à une insuffisance des prescriptions légales jusqu'alors en vigueur. L'erreur sur la valeur du fonds de commerce n'était point une cause de nullité. D'ores et déjà, elle le sera, parce que l'existence d'une lésion provoquée par l'absence des énonciations légales prouve surabondamment que le bénéficiaire n'a pas pu signer la convention en connaissance de cause. Les travaux préparatoires sous-entendent, par suite, que la lésion causée par le défaut des mentions obligatoires doit entraîner la nullité de la promesse de vente.

Le libellé même de l'article 12 nous fournit un autre argument. Le promettant est tenu d'énoncer le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux, ainsi que le prix de la précédente acquisition : obligation sanctionnée par la nullité facultative. Les raisons d'être de cette obligation et de cette sanction militent en faveur de la lésion. Ces renseignements légaux ont pour but d'éclairer le bénéficiaire sur la valeur économique du fonds de commerce, cela est incontestable. Logiquement, la sanction doit être prononcée, lorsque le bénéficiaire a commis une erreur sur la valeur de l'établissement et accepté un prix excessif en raison de l'omission des énonciations prescrites, non suppléées par d'autres sources d'information. Qu'est-ce une erreur sur la valeur d'un fonds de commerce, si ce n'est une lésion ? Si on écarte la notion de lésion, il faut bannir aussi la notion de préjudice, car, dans l'hypothèse d'erreur sur la valeur du fonds de commerce, les deux notions sont inséparables.

Sans doute, la lésion n'est-elle pas admise comme cause de nullité des contrats conclus entre majeurs. Mais, selon nous, ce principe est tenu en échec par la loi du 29 juin 1935. Dans ses dispositions temporaires, cette loi a institué la révision du prix de vente des fonds de commerce. L'idée de lésion qui est à la base de tout ce système explique également les dispositions permanentes du titre III, les mentions obligatoires relatives aux bénéfices et au chiffre d'affaires. Elle justifie la nullité d'une promesse de vente dépourvue de ces énonciations essentielles. Désireux de réparer les lésions passées, le législateur s'oppose aux lésions futures. D'après nous, il ne faut pas se voiler la face : la notion de lésion éclaire les prescriptions de l'article 12. Reconnaissons-lui droit de cite et disons que le bénéficiaire subit un préjudice, quand il est victime d'une lésion.

Des juridictions admettent, semble-t-il, cette conception du préjudice et recherchent s'il existe dans l'espèce une lésion au détriment du bénéficiaire. Mais prudentes, elles ne se livrent à aucune affirmation de principe. Le 5 juillet 1951, la Cour d'appel de Paris (1)

(1) Dans le même sens Trib. com. Rouen 23 mars 1938 R.F.C. 1938.306. Trib. com. Le Havre 16 mai 1938 Rec. Hav. 1939.1.8. Trib. civ. Clermont-Ferrand 3 mars 1947 G.P. 1947.1.251. Paris 5 juill. 1951 G.P. 1951.2.227. Bordeaux 20 nov. 1956 S. 1957.138

juge « que la nullité sanctionnant le défaut des énonciations prescrites par la loi du 29 juin 1935... ne doit être prononcée que s'il est établi que l'acquéreur s'est mépris sur la valeur du fonds et n'a pas donné un consentement éclairé ». Qu'est-ce une méprise sur la valeur du fonds, si ce n'est pas une lésion ? Avant de se montrer hostile à la nécessité d'un préjudice, cette même juridiction (1) dans un arrêt déjà cité prend soin de préciser « que les époux F... (bénéficiaires) n'ont pas reçu en temps utile les renseignements prescrits par la loi ; que rien n'établit qu'ils aient eu par ailleurs des renseignements leur permettant de se faire une idée exacte de la valeur du fonds de commerce et qu'il semble même qu'ils aient été positivement trompés sur cette valeur ». La notion de lésion n'est pas étrangère à une telle déclaration. Enfin, au bénéficiaire d'une promesse de vente qui se plaignait que la Cour d'appel « n'avait pas répondu aux conclusions selon lesquelles l'enquête sur place avait établi que son consentement avait été vicié par l'affirmation d'un chiffre d'affaires et de bénéfices très supérieur à la réalité », la Cour de cassation (2) répond « qu'il n'établit par aucun document que le fonds eût une valeur inférieure à celle fixée au contrat ». N'est-ce pas en raison de l'absence de lésion, donc de préjudice, que la Cour suprême a rejeté le pourvoi de ce plaideur ?

Ces quelques décisions judiciaires doivent être approuvées. Soucieuses de ne prononcer la nullité qu'en cas de préjudice pour le bénéficiaire, ces juridictions sont amenées par la logique même des choses à rechercher une lésion. Nous le répétons, quand on allègue en justice une tromperie sur la valeur du fonds de commerce, il n'existe pas de préjudice sans lésion, et pas de lésion sans préjudice. Ces deux notions sont inséparables. Le dilemme est le suivant : ou bien on écarte l'idée de lésion, mais dans cette hypothèse il faut prononcer la nullité d'une promesse de vente qui ne cause aucun préjudice au futur acquéreur du fonds de commerce (3), ou bien on affirme qu'un préjudice est nécessaire pour le prononcé de la nullité et dans cette occurrence il faut prendre la lésion en considération. Sans doute, l'article 1313 du Code civil pose le principe que la rescision pour cause de lésion n'est pas admise dans les contrats entre majeurs. Il faut, à notre avis, passer outre et affirmer que la loi du 29 juin 1935 introduit une exception à ce principe. Aux pudeurs de la doctrine (4), nous préférons les hardiesses de la jurisprudence.

(1) 28 oct. 1953 D. 1954.81

(2) 21 juill. 1953 G.P. 1953.2.316.

(3) Nous raisonnons toujours dans l'hypothèse où le bénéficiaire se plaint d'avoir été trompé sur la valeur du fonds de commerce. Il est évident, en effet, que la nullité d'une promesse peut être prononcée en l'absence de toute lésion, quand le bénéficiaire fonde son action sur un risque d'éviction. Dans ce cas, il y a préjudice sans qu'il y ait lésion.

(4) Comp. Cohen n° 173 ; Esmein Lois nouvelles 1935.1.197 ; J.C.C. fasc. X bis n° 89 à 94 ; Montier p. 29 n° 56 ; Ripert n° 507 ; Rival 1937 n° 31 à 37 ; Viatte J. not. 1950 art. 43.216

TROISIÈME PARTIE

EFFETS DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE X

TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET RISQUES

La promesse de vente de fonds de commerce est-elle translatrice de propriété ? A-t-elle pour effet de faire peser les risques sur la tête du bénéficiaire entre le jour de la promesse et celui de sa réalisation ? Nous étudierons le problème du transfert de propriété, dont la solution dépend de la nature juridique du contrat, d'abord à propos de la promesse unilatérale et ensuite au sujet de la promesse synallagmatique. Nous examinerons enfin la question des risques.

SECTION I

Transfert de propriété et promesse unilatérale de vente

La promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, nous le savons, confère au bénéficiaire une simple faculté d'acquiescer. Puisque les deux parties ne sont pas déjà d'accord pour conclure un contrat de cession, la propriété ne peut logiquement être transmise au bénéficiaire. On a pourtant soutenu, au cours du siècle dernier, que le transfert de propriété s'effectuait rétroactivement au moment de la promesse, parce qu'on interprétait le consentement du titulaire de l'option comme une condition-modalité de la promesse unilatérale. Ce système est inadmissible (1). On aperçoit une autre solution, plus rationnelle, au problème que nous agitions : elle consiste à fixer le moment de la transmission de la propriété au jour de la levée d'option. Cependant, l'effet translatif de propriété n'est attaché qu'à une levée d'option valable. Avant d'étudier les conséquences de cette dernière, nous examinerons donc ses conditions de validité.

(1) Voir p. 23 et 24

1 — CONDITIONS DE VALIDITE DE LA LEVEE D'OPTION

Pour être efficiente, la levée d'option doit être valable quant à la personne, quant au temps, quant à la capacité, quant à la forme, enfin quant aux modalités.

A) — VALIDITE QUANT A LA PERSONNE :

La levée d'option ne peut être accomplie par n'importe qui. Cette prérogative est l'apanage du bénéficiaire de la promesse. Nous devons déterminer dans quelle mesure elle est transmise à ses ayants-cause : cessionnaire, héritiers, conjoint, donataires et légataires, enfin créanciers.

a) — Bénéficiaire :

Il est évident que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est en droit de lever l'option à lui consentie. C'est l'hypothèse qu'on observe le plus fréquemment en pratique. La faillite du promettant soulève parfois des difficultés dans le cas où la promesse a été conclue, soit avant la date de cessation des paiements, soit entre celle-ci et le jugement déclaratif (1).

b) — Mandataire :

Le bénéficiaire peut recourir pour lever l'option au procédé du mandat conventionnel (2) : il lui suffit, pour cela, de munir son représentant d'une procuration spéciale.

c) — Cessionnaire de la promesse :

La promesse unilatérale de vente est une chose dans le commerce, dont le créancier a la possibilité de céder le bénéfice à une personne déterminée, qu'on dénomme cessionnaire (3). L'opération s'analyse en une cession de créance. Le cessionnaire agira prudemment en observant les prescriptions de l'article 1690 du Code civil. Sinon, il courrait le risque d'être prévenu par le bénéficiaire dans la levée d'option. C'est ce qui résulte d'une décision rendue par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (4) : « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir validé l'acceptation par R... de la promesse de vente d'immeuble à lui consentie par les consorts G..., bien qu'il n'ait donné cette acceptation qu'après avoir cédé cette promesse... Mais attendu qu'il ne résulte ni des qualités ni des motifs de l'arrêt attaqué que la cession de la promesse de vente par R... à S... ait été acceptée par les consorts G... auteurs de la promesse, ou leur ait été notifiée, que cette cession était

(1) Voir p. 122 et 128.

(2) J.C.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. P. 2 n^o 102

(3) Defaye p. 115 ; Foissin p. 108 ; J.C.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. p. 2 n^o 104 ; Lalou chr. D.H. 1928. p.1

(4) 7 mars 1932 G.P. 1932.1.713

donc sans influence sur les rapports entre lesdits consorts et R... qui avait qualité pour exiger d'eux l'exécution de la vente ». Lorsque la cession de la promesse unilatérale de vente est signifiée au promettant ou acceptée par ce dernier dans un acte authentique, elle confère au cessionnaire le droit de lever l'option à la place du bénéficiaire initial.

d) — **Le conjoint :**

La levée d'option est, dans certaines conditions, l'œuvre du conjoint du bénéficiaire. Il en est ainsi, quand une femme se marie sous le régime de la communauté légale après avoir pris acte de l'engagement du promettant. L'option tombe dans la masse commune. Le mari peut seul la transformer en vente (1). Le conjoint du bénéficiaire est également fondé à lever l'option si le droit à la réalisation lui est attribué dans le cadre des opérations de partage des biens communs (2).

e) — **Les héritiers :**

Dans le cas où la communauté est dissoute par suite du décès de l'un des conjoints, les héritiers sont, sous certaines réserves, habilités à manifester l'intention d'acquérir le fonds de commerce. Sur ce point, il est bon d'opérer une distinction basée sur la date de la levée d'option. Si cette dernière est effectuée pendant la période indivise préalable au partage, tous les coindivisaires doivent émettre leur consentement : les héritiers et le conjoint survivant (dans le cas où le droit d'option est un bien commun). Si le bénéfice de la promesse unilatérale de vente est attribué à l'un des héritiers, celui-là seul transformera valablement la promesse en vente.

Un épineux problème surgit lorsque l'unique héritier du bénéficiaire est encore en état de minorité. S'il est autorisé à faire le commerce, la difficulté est résolue : il faut lui reconnaître le droit de lever l'option consentie au de cujus. Si, en raison de son jeune âge ou de son inexpérience, il ne peut être habilité à faire le négoce, la caducité de la promesse nous semble inévitable, puisqu'il lui est interdit de devenir commerçant, donc d'acquérir un fonds, et que son tuteur ne peut exploiter l'établissement en son nom, ni même accomplir un acte de commerce isolé par représentation. Par conséquent, la promesse unilatérale ne sera pas transformée en vente et l'indemnité versée par le défunt en contrepartie de l'octroi de la promesse sera perdue.

f) — **Donataires et légataires :**

Il est permis au bénéficiaire de donner ou de léguer son droit d'option. Dans cette hypothèse, la levée d'option sera valablement accomplie par le donataire ou le légataire, à condition toutefois que le promettant ait été informé de cette donation ou de ce legs.

(1) Note Nast sous Aix 27 avr. 1931 D.P. 1932.2.134.

(2) J.C.N. 2^e partie form, v^o f. de c. fasc. P. 2 n^o 101.

g) — Créanciers :

Les créanciers du bénéficiaire peuvent-ils suppléer leur débiteur et lever l'option à la place de ce dernier, grâce à l'action oblique prévue par l'article 1166 du Code civil ? A notre avis, la réponse doit être négative. Il n'appartient pas aux créanciers de forcer le bénéficiaire à devenir commerçant malgré lui (1). Par ailleurs, les créanciers en exerçant l'action oblique ont pour but d'accroître la consistance du patrimoine de leur débiteur, d'y faire rentrer des valeurs qu'ils pourront ensuite saisir. En cas d'équivalence entre le prix de vente et la valeur du fonds, ils n'auraient donc aucun intérêt à se prévaloir de l'article précité.

L'option, valable quant à la personne qui l'accomplit, doit l'être également quant au temps où elle est effectuée.

B) — VALIDITE QUANT AU TEMPS :

Les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce prévoient généralement le délai pendant lequel le bénéficiaire sera en droit d'user de la faculté d'acquérir qui lui est consentie. Le cas inverse peut aussi se produire. Ces deux hypothèses sont à examiner (2).

a) — Délai déterminé :

Le plus fréquemment, le délai d'option est déterminé dans le contrat. Le bénéficiaire fera bien de ne pas attendre le dernier jour pour transmettre au promettant la teneur de sa décision, en raison des divergences doctrinales et jurisprudentielles sur le moment de la formation d'un contrat entre absents. Une levée d'option tardive est nulle et non avenue (3). Evidemment, le titulaire du droit d'option n'encourt pas la déchéance, s'il obtient du promettant une prolongation de délai. Cette modification conventionnelle de l'accord initial est parfaitement valable et autorise le bénéficiaire à lever l'option pendant le temps supplémentaire qui lui est octroyé. Cette sorte d'avenant est assez usitée en matière de promesse unilatérale de vente de fonds de commerce. Elle est due à l'initiative d'un bénéficiaire lui-même propriétaire d'un fonds qu'il ne parvient pas à vendre.

b) — Délai indéterminé :

Il arrive exceptionnellement que le délai d'option ne soit pas déterminé dans la convention (4). Dans ce cas, le bénéficiaire est en droit d'acheter le fonds à toute époque, à moins qu'il n'ait manifesté, antérieurement à sa décision d'acquérir, son intention de renoncer à la promesse unilatérale. Ce procédé est à déconseiller, car il nuit aux in-

(1) J.C.N. 2^e part. form. v^o f. de c. fasc. P. 2 n^o 106

(2) Beudant n^o 38 ; J.C.N. 2^e part. form. v^o f. de c. fasc. P. 2 n^{os} 41 à 45, Jossierand n^o 1076.

(3) Civ. 7 mars 1950 D. 1950. 418.

(4) Voir Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 54.

térêts du promettant et contraint ce dernier à conserver son établissement durant une longue période. Pour mettre un terme à cet inconvénient, le promettant fera sommation à son cocontractant de prendre parti dans un certain délai. La jurisprudence statue en ce sens. Dans un arrêt rendu le 4 avril 1949, la Chambre civile de la Cour de cassation (1) juge que « l'auteur d'une promesse de vente qui a eu lieu sans limitation de temps ne peut en être dégagé qu'après avoir mis celui à qui elle a été faite en demeure de l'accepter dans un délai déterminé, à moins qu'il ne soit établi que le bénéficiaire a renoncé à s'en prévaloir ».

C) — VALIDITE QUANT A LA CAPACITE :

En manifestant au moment opportun son intention d'acheter le fonds de commerce, le titulaire de l'option devient propriétaire de l'établissement et, par suite, commerçant. On exigera donc de lui une capacité identique à celle du bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce (2).

D) — VALIDITE QUANT A LA FORME :

Le bénéficiaire qui désire faire usage de sa faculté d'acquérir peut manifester son intention en n'importe quelle forme (3). L'essentiel est qu'il soit en mesure, en cas de contestation, d'administrer la preuve de sa levée d'option. Il n'est pas obligatoire de recourir à la forme écrite, car les promesses de vente de fonds de commerce sont des conventions commerciales régies par l'article 109 du Code de commerce qui énonce le principe de la liberté des preuves. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (4) estime que la levée d'option « résulte implicitement mais nécessairement du fait même de la vente du bien, objet de la promesse, par le bénéficiaire de celle-ci ». Les juridictions se montrent d'ailleurs libérales lorsqu'il s'agit d'apporter devant elle la preuve d'une levée d'option, qu'elles considèrent comme un fait matériel de nature à être prouvé par témoins et présomptions (5). Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce est en droit de manifester son intention d'acquérir le fonds par simple déclaration verbale devant témoins, par lettre missive adressée à l'intermédiaire. Assez souvent, la preuve de la levée d'option résultera de la signature de l'acheteur au bas des actes définitifs.

E) — VALIDITE QUANT AUX MODALITES :

Dans l'acte de promesse unilatérale, le promettant s'engage à vendre son fonds de commerce à certaines conditions que le bénéficiaire, faisant usage de sa faculté d'acheter, est contraint d'accepter sans en

(1) Civ. 4 nov. 1949 S. 1949.1.200 — dans le même sens 14 juin 1941 D.A. 1941.274, 16 avr. 1956 Bull. cass. 1956.3.111

(2) Voir pages 100 et suiv.

(3) Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 58

(4) 12 déc. 1898 D.P. 1899.1.276

(5) Civ. 25 mai 1949 S. 1950.1.17 note Meurisse

modifier la teneur. La levée d'option doit être pure et simple, dépourvue de toutes modalités (1). « La promesse unilatérale de vente ne se transforme en vente parfaite que par le concours avec la volonté déjà exprimée du pollicitant de la volonté concordante du bénéficiaire de cette promesse ; il n'y a plus l'accord de volontés, indispensable pour la formation du contrat, quand celui à qui la pollicitation a été faite ne l'accepte que sous des réserves ou avec des modalités non comprises dans la dite pollicitation » (2). Il est parfois stipulé dans la promesse unilatérale de vente que la levée d'option, pour être valable, devra être accompagnée, soit du paiement comptant de tout ou partie du prix, soit de la signature des actes définitifs de vente rédigés en la forme sous seing privé ou par le ministère d'un notaire. Lorsqu'il en est ainsi, ces conditions subordonnant la conclusion de la vente doivent être exécutées, le prix payé, les actes définitifs signés (3). C'est une nouvelle conséquence du principe consensualiste.

II — EFFETS DE LA LEVÉE D'OPTION

La levée d'option valable entraîne certains effets (4) que nous allons maintenant étudier : formation de la vente, transfert de propriété et obligation de donner à la charge du promettant.

Le promettant s'était engagé à vendre son fonds de commerce. Le bénéficiaire manifeste l'intention d'acquérir. Le contrat de cession est parfait. Selon nous, il n'est nullement indispensable que le promettant consente de nouveau à la vente de son établissement (5). « La manifestation de volonté exprimée par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de lever son option dans le délai stipulé suffit à rendre la vente parfaite, même en l'absence d'une acceptation de la part du promettant » (6).

D'autre part, formation de la vente et transfert de propriété sont concomitants en vertu de l'article 1583 du Code civil : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Il en résulte que la propriété est transmise dès l'instant où le bénéficiaire

(1) J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P.2 n^o 49 et suivants ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 59 à 63.

(2) Civ. 8 nov. 1933 S. 1934.1.29 — dans le même sens Req. 18 mars 1912 D.P. 1913.1.198

(3) Req. 2 juill. 1918 S. 1918.1.204 ; Paris 4 nov. 1953 J.C.P. éd. not. 1953.2.7881 note Cabrillac

(4) J.C.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. P.2 n^o 114 et suivants

(5) Dans ce sens Aubry et Rau t. V p. 349 texte et note 10 ; Beudant et Lerebourg-Pigeonnière t. XI par Brèthe de la Gressaye n^o 39 ; Cohen n^o 198 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n^o 832 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P. 2 n^o 114 ; Josserand n^o 1073 ; N.R.D. v^o vente n^o 49 ; Planol et Ripert t. X par Hamel n^o 174 et 181 ; R.P.D. t. XII v^o vente n^o 275 — en sens contraire Boyer, Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv. ; Mahoudeau p. 170.

(6) Civ. 10 juin 1949 S. 1949. Tab. p. 77 v^o vente n^o 13 ; Trib. civ. Lisieux 4 déc. 1930 G.P. 1931.1.385.

lève l'option. La jurisprudence est constante sur ce point. Déjà en 1860, la Cour de cassation (1) déclarait « que la propriété n'est transférée du vendeur à l'acquéreur que lorsque celui-ci a manifesté l'intention de devenir propriétaire de la chose dont la vente lui a été promise ; que tant qu'il n'y a que promesse de vente de la part du vendeur, lui seul se trouve lié envers celui à qui il a fait la promesse, et cette obligation unilatérale... n'a l'effet d'une aliénation qu'au moment où l'autre partie manifeste sa volonté d'accepter la promesse de vente ». Depuis lors, les arrêts font toujours état de la même formule, aux termes de laquelle le transfert de propriété se réalise au moment de la levée d'option (2). Cependant, il faut réserver, naturellement, le cas très fréquent où les parties ont explicitement prévu que le transfert de propriété ne se ferait que lors de l'entrée en jouissance.

Enfin, la levée d'option entraînant transfert de propriété au profit du bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente modifie la nature de l'obligation du promettant. Jusqu'alors débiteur d'une simple obligation de ne pas faire (voir le chapitre suivant), l'auteur de la promesse devient débiteur d'une obligation de donner. Sa situation juridique est analogue à celle d'un vendeur (3).

SECTION II

Transfert de propriété et promesse synallagmatique de vente

Le problème du transfert de propriété suscite moins de difficultés à propos de la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce qu'au sujet de la promesse unilatérale et ce, en raison de l'assimilation de la promesse bilatérale à la vente ferme. Nous serons donc amené à appliquer les solutions de droit commun et à distinguer la promesse pure et simple et la promesse conditionnelle.

I — DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE PURE ET SIMPLE

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce pure et simple entraîne transfert immédiat de la propriété : tel est du moins le principe, qui souffre une exception.

Le principe est celui de la simultanéité du transfert de propriété et de l'échange des consentements. Cette règle découle des articles 1589 et 1583 du Code civil. Il s'ensuit que le bénéficiaire devient propriétaire

(1) Req. 14 mars 1860 S. 1860.1.740.

(2) Req. 20 janv. 1862 D.P. 1862.1.364 ; Aix 18 avr. 1921 D.P. 1921.2.126 ; Req. 8 avr. 1930 S. 1930.1.1331 ; 20 avr. 1932 S. 1932.1.231 ; 17 juin 1938 G.P. 1938.2.378.

(3) En sens contraire Mahoudeau p. 170

du fonds de commerce objet de la promesse synallagmatique pure et simple, le jour même de la conclusion de celle-ci (1) et non pas le jour de la prise de possession.

La règle prescrite par l'article 1583 du Code civil n'est cependant pas d'ordre public. Promettant et bénéficiaire peuvent donc décider que le transfert aura lieu à une autre date que celle de la formation de la promesse, par exemple au jour prévu pour l'entrée en possession. La validité des clauses de réserve de propriété est admise tant en doctrine (2) qu'en jurisprudence (3).

II — DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE CONDITIONNELLE

Les promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce sont fréquemment conclues sous des conditions dont nous allons préciser la nature et les effets relatifs à l'époque de la transmission de propriété.

A) — NATURE DES CONDITIONS :

Quels sont les faits dont l'avènement est pris en considération par les parties ? Quelle est la nature juridique de ces conditions ? Sont-elles suspensives ou résolutoires ?

a) — Nature matérielle :

La condition la plus commune consiste dans la clause de dédit, en vertu de laquelle chaque contractant ou l'un d'eux est en droit de se départir de la promesse. Mais on rencontre assez souvent d'autres conditions, telles que la clause de rédaction d'actes définitifs, qui subordonne l'exécution de la vente à la rédaction des actes de cession (4) sous seing privé ou en la forme authentique, la clause de paiement du prix, qui suspend la réalisation de la convention au versement par le bénéficiaire de tout ou fraction du prix (5). Il est également loisible aux parties de faire dépendre la perfection du contrat de l'obtention d'une autorisation indispensable ou de l'octroi d'un agrément nécessaire.

b) — Nature juridique :

La condition insérée dans les promesses synallagmatiques de vente de fonds de commerce est couramment suspensive. Cette assertion

(1) Paris 8 janv. 1908 D.P. 1908.2.147 ; Aubry et Rau t. V § 349 texte et note 6 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 834 ; J.C.N. 2^e partie form. v° f. de c. fasc. P. 1 p. 3 ; Mahoudeau p. 136 ; Planiol, Ripert t. X par Hamel n° 175 ; R.P.D. t. XII v° vente n° 296

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. I n° 1233 ; Fréjaville note D.C. 1944. 37 ; Laroque note S. 1946.130 ; voir p. 37 et 38.

(3) Req. 22 juill. 1872 D.P. 1873.1.111 ; Civ. 14 janv. 1902 D.P. 1903.1.223 ; Civ. 28 mars 1934 D.P. 1934.1.151 note Vandamme ; Req. 26 juin 1935 D.H. 1935. 414 ; Grenoble 10 mars 1948 D. 1948.538

(4) Req. 24 févr. 1896 D.P. 1897.1.33 note Guénée — voir p. 73 et 74

(5) Req. 22 mars 1905 S. 1905.1.264 ; Civ. 9 déc. 1930 D.P. 1931.1.118 — voir p. 74 à 76.

nous semble conforme à l'intention des parties, puisque la prise de possession n'est pas immédiate. Promettant et bénéficiaire ont le plus grand intérêt à préciser dans leur convention la nature juridique qu'ils entendent attribuer à la condition. Nous estimons, cependant, qu'en l'absence de toute indication, il serait bon de reconnaître à cette condition le caractère suspensif (1). Il ne faut pas oublier, en effet, que les promesses de vente sont des contrats préparatoires réitérés dans les actes définitifs de cession. Pendant la période comprise entre la conclusion de la promesse et l'entrée en possession du nouveau propriétaire, le promettant continue à exploiter le fonds de commerce. N'est-il pas plus logique et plus pratique de décider qu'à défaut de toute précision dans l'acte la condition est suspensive ? Il est évident, néanmoins, que les parties sont en droit de stipuler dans leur promesse une condition résolutoire. La détermination de la nature de la condition est indispensable pour la fixation du moment où s'opère la transmission de propriété.

B) — EFFET DES CONDITIONS :

Examinons successivement les effets de la condition suspensive, puis ceux de la condition résolutoire.

a) — Effets de la condition suspensive :

Les effets de la condition suspensive sont régis par un principe et une exception. Ce principe est celui de la rétroactivité de la condition suspensive énoncée par l'article 1179 du C. civ. : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Donc, le transfert de la propriété du fonds de commerce se produit rétroactivement au jour de la conclusion de la promesse synallagmatique de vente. En matière de promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce, ce principe de la rétroactivité de la condition suspensive n'est pas souvent respecté par les parties. Pourquoi ? Comment ?

Le pourquoi réside dans les complications inhérentes au transfert de propriété au jour de la promesse. Si le bénéficiaire devient propriétaire d'un établissement qu'il n'exploite pas encore et que le promettant reste gérant d'un fonds qui ne lui appartient plus, il paraît normal d'établir un compte de gestion, d'attribuer les fruits au nouveau propriétaire et d'accorder une rémunération au vendeur. En réalité, ce compte n'est jamais dressé. Le promettant conserve les bénéfices obtenus par lui jusqu'au jour de la prise de possession et ne touche aucune rémunération. L'acquéreur, commerçant avisé et intéressé, ne réclame aucune somme d'argent à son vendeur. Il ne se considère comme propriétaire que depuis son entrée dans le fonds. Pour une raison pratique : désir d'éviter les difficultés inhérentes à la rétroactivité de la condition suspensive, et une raison psychologique : volonté d'instituer une conco-

Voir p. 63 à 65.

mitance entre transfert et délivrance, les parties à la promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive ne se conforment pas à la règle formulée par l'article 1179 du Code civil.

Comment ce désir et cette volonté sont-ils exaucés ? Le principe de la rétroactivité de la condition suspensive n'est pas d'ordre public. Les contractants sont par conséquent en droit d'y déroger et peuvent fixer au jour de l'avènement de la condition, par exemple au jour de la prise de possession, du versement du prix ou de la rédaction des actes définitifs, la date du transfert de la propriété de l'établissement. Les formules de promesses de vente contiennent fréquemment une stipulation explicite en ce sens, que la jurisprudence déclare valable. Le 10 février 1925, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1) juge « que si, en principe, l'avènement de la condition suspensive fait rétroagir les effets du contrat au jour de sa passation, il n'est pas interdit aux parties de déroger à cette règle par des conventions spéciales ».

b) — Effets de la condition résolutoire :

Les effets de la condition résolutoire sont également compliqués par la notion de rétroactivité. « La condition résolutoire », énonce l'article 1183 du Code civil, « est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Quand une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce est conclue sous une telle condition, le transfert de la propriété du fonds a lieu au moment même de la signature du contrat. Ce système, peu pratique, ne doit être adopté qu'en présence d'une clause formelle introduite dans la convention. Si la condition résolutoire se réalise, la promesse est anéantie rétroactivement : le bénéficiaire est censé n'avoir jamais été propriétaire du fonds. En cas de défaillance de la condition, la promesse initiale est consolidée. Le résultat est alors identique à celui que nous observions au sujet de la promesse conclue sous condition suspensive : le bénéficiaire est propriétaire d'un établissement qu'il n'exploite pas encore.

III — CONCLUSION

En pratique, il nous paraît préférable de faire coïncider en notre matière transfert de propriété et délivrance du fonds (2). Ce but sera atteint grâce à une stipulation expresse insérée dans la promesse aux termes de laquelle la transmission de propriété ne se produira qu'au jour de la prise de possession. Le promettant, toujours propriétaire, demeure évidemment en droit de céder son établissement à un tiers, de

(1) S 1925.1.61 — dans le même sens Req. 26 juin 1935 D.H. 1935.414 ; Besançon 25 mars 1952 D. 1952.607

(2) Rapp. J.C.C. fasc. VII n° 236

se procurer du crédit à l'aide d'un nantissement du fonds, de le confier éventuellement à un gérant libre. Ce péril est en fait enrayé par la menace du dédit toujours stipulé à l'encontre du vendeur. Ce dernier s'abstiendra donc vraisemblablement de tels agissements. Les solutions que nous venons de dégager à propos du transfert de la propriété nous seront utiles pour trancher les difficultés inhérentes au problème des risques dans les promesses de vente de fonds de commerce.

Section III

Risques dans les promesses de vente de fonds de commerce

Nous préciserons d'abord la nature des risques dans les promesses de vente de fonds de commerce et déterminerons ensuite à qui en incombe la charge.

I — NATURE DES RISQUES

La nature des risques est délicate à définir en raison des particularités du fonds de commerce. Nous savons que celui-ci constitue, selon nous, un droit à la clientèle avec des compléments mobiliers, corporels ou incorporels, nécessaires pour son exercice. Les risques peuvent affecter ces deux catégories d'éléments, causer leur perte ou entraîner leur dépréciation.

A) — PERTE ET DEPRECIATION DES COMPLEMENTES MOBILIERS :

Les pertes et dépréciations peuvent être relatives aux compléments mobiliers d'essence corporelle ou incorporelle.

a) — Perte et dépréciation des éléments corporels :

Lorsque la perte ou la dépréciation se rapportent au matériel, à l'outillage ou aux agencements, l'exploitation du fonds de commerce est entravée (1), celle du fonds d'industrie est encore plus compromise, parce que le rôle joué par ces éléments dans l'activité globale de l'entreprise est prépondérant. Il est également possible de concevoir une perte ou une détérioration frappant les marchandises. Ce risque est rarement à prendre en considération, car les parties ne procèdent en fait à l'inventaire et à l'estimation du stock que le jour de la prise de possession.

b) — Perte et dépréciation des éléments incorporels :

Peuvent être perdus ou dépréciés les brevets d'invention, le droit au bail. Les brevets d'invention tombent, en effet, dans le domaine public au bout de cinq, dix ou quinze ans : source légale de perte. Dans

(1) Trib. com. Le Havre 31 mars 1920 Rec. Hav. 1920.1.166

certaines circonstances, le droit exclusif d'exploitation du brevet reste intact, mais sa valeur économique disparaît ou diminue par suite d'une découverte ou d'un perfectionnement technique qui lui ôtent toute utilité : source matérielle de perte ou de dépréciation. Le droit au bail, autre élément incorporel du fonds de commerce, est susceptible, lui aussi, d'anéantissement total ou partiel. Si l'immeuble où est exploité l'établissement disparaît par incendie ou autrement, le contrat de louage est résolu en vertu de l'article 1741 du Code civil. Le droit au bail est donc perdu. Il s'en amoindrit en son objet en cas de destruction d'une partie seulement des locaux commerciaux.

La perte et l'amoindrissement des compléments mobiliers corporels ou incorporels entraînent la perte ou la dépréciation du droit à la clientèle lui-même.

B) — PERTE ET DEPRECIATION DU DROIT A LA CLIENTELE :

Le droit à la clientèle qui est un élément particulièrement essentiel du fonds de commerce peut subir des pertes et dépréciations indirectes ou directes

a) — Pertes et dépréciations indirectes :

Le droit à la clientèle peut subir des pertes et dépréciations indirectes par suite de la perte ou de la détérioration des compléments mobiliers indispensables à son exercice. L'extinction du droit au bail nous offre un exemple de perte indirecte du droit à la clientèle, dont le titulaire est dépouillé faute de local où l'exercer. D'après nous, dans cette hypothèse, le fonds de commerce est anéanti, provisoirement ou définitivement, suivant que le propriétaire découvre ou non un pas de porte à proximité de son ancien emplacement. Au premier abord, il semble qu'il y ait également perte indirecte du droit à la clientèle en cas de destruction du matériel d'un fonds d'industrie. Cette première impression n'est pas la bonne : l'industriel est en mesure de remplacer le matériel détruit. Ce sera pour lui un obstacle onéreux à surmonter, mais non infranchissable. Un simple prêt d'outillage permettra d'ailleurs de faire face momentanément à la difficulté. Il n'y aura donc point perte, mais amoindrissement indirect du droit à la clientèle. Finalement, toute autre perte que celle du droit au bail, toute détérioration frappant un complément mobilier indispensable à l'exercice du droit à la clientèle sont à l'origine d'une dépréciation indirecte de ce droit. Ce sont des dépréciations par ricochet.

b) — Perte et dépréciations directes :

Dans certaines hypothèses, le droit à la clientèle est perdu ou amoindri dans son objet, alors que demeurent intacts les compléments mobiliers indispensables. Ces pertes et dépréciations sont directes : elles atteignent le droit à la clientèle de plein fouet et non plus simplement par ricochet.

1) — **Perte directe du droit à la clientèle :**

Le droit à la clientèle subit une perte directe, quand l'activité commerciale menée dans le fonds est l'objet d'une interdiction légale. Si le législateur français instaurait un régime de prohibition de la vente et de la consommation d'alcool sur notre territoire, le droit à la clientèle attaché aux débits de boissons disparaîtrait.

2) — **Dépréciation directe du droit à la clientèle :**

La détérioration directe du droit à la clientèle peut être indépendante ou non de la volonté du promettant. A notre avis, la suppression de débouchés commerciaux entraîne une dépréciation directe du droit à la clientèle, indépendante de la volonté du promettant. Tel fonds de commerce est situé près d'une gare ferroviaire, près d'un marché; cette gare est supprimée, ce marché déplacé. Le fonds ne jouit plus de l'emplacement privilégié qui était le sien: le nombre des clients qui le fréquentent diminue sensiblement. Il nous semble que, dans ces circonstances, on soit autorisé à faire état d'une détérioration directe du droit à la clientèle dont la contrepartie monétaire est par suite réduite. Dans certaines occurrences, heureusement rares, le promettant détériore le droit à la clientèle de par sa propre volonté. Ces détériorations directes sont plus contestables parce qu'elles sont plus difficiles à prouver. Elles ne sont pas néanmoins irréalisables. Le promettant que hante le désir de nuire à son cocontractant ou qui fait preuve de négligence à la pensée que bientôt il n'exploitera plus le fonds, fait fuir la clientèle par des procédés variés. Il pratique une hausse inconsidérée des prix, oublie de renouveler ses approvisionnements, met en vente des produits de qualité douteuse, bref ne gère pas en commerçant avisé et diligent. Dans ces différents cas, il y a, selon nous, une détérioration directe et volontaire du droit à la clientèle.

La valeur du fonds de commerce est donc susceptible de variation entre la conclusion de la promesse de vente et la délivrance. Elle peut même être réduite à néant. Il est, par suite, très intéressant de savoir à quelle partie incombe la charge des risques.

II — CHARGE DES RISQUES

Dans la promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire se réserve une faculté d'acquiescer, dans la promesse synallagmatique il s'engage à acheter. Cette dissemblance de nature juridique nous oblige à étudier la charge des risques dans l'une et l'autre de ces conventions.

A) — **DANS LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE :**

Le promettant demeure propriétaire du fonds de commerce, c'est par conséquent à lui qu'incombe la charge des risques (1). Lorsque le

(1) Aubry et Rau t. V par. 349 texte et note 10; Cohen n° 193; Foissin p. 84; J.C.N. 2^e part. form. v° f. c. c. fasc. P. 2 n° 83, 84 et 116; Josserand n° 1072; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 104; R.P.D. t. XII n° 266 et 268; Req. 20 janv. 1862 D.P. 1862.1.364; 20 avr. 1932 S. 1932.1.291

droit à la clientèle subit une perte directe ou indirecte, la levée d'option est inefficace faute d'objet. La vente ne peut être formée par suite de la destruction de la chose. Ce problème est plus compliqué en cas de simple amoindrissement. Si le titulaire du droit d'option ne donne pas suite à l'affaire, il s'expose à perdre l'indemnité dénommée improprement « dédit ». S'il manifeste l'intention d'acquérir le fonds, il s'engage par là même à payer le prix convenu. Il ne peut, à notre avis, réclamer une diminution de ce prix, sous prétexte que la valeur vénale de la chose a baissé. Il en serait autrement toutefois si la dépréciation était fautive et résultait du dol ou de la négligence du promettant. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire qui lèverait l'option serait en droit de réclamer, soit une réduction du prix, soit des dommages-intérêts. Par suite, les risques de perte pèsent sur le promettant, et les risques de détérioration involontaire sont endossés par le bénéficiaire qui a toujours la ressource de ne pas acquérir le fonds et, dans ce cas, l'obligation d'abandonner le « dédit » à son cocontractant.

B) — DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE :

L'examen de la charge des risques dans la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce (1) doit être mené en deux étapes, l'une consacrée à la promesse pure et simple, l'autre réservée à la promesse conditionnelle.

a) — Promesse pure et simple :

La promesse pure et simple est, en principe, immédiatement translatrice de propriété. Les parties peuvent néanmoins déroger à cette règle. La charge des risques diffère selon que le promettant demeure ou non propriétaire.

Dans l'hypothèse d'un transfert immédiat de la propriété, les risques incombent au bénéficiaire : il devra payer le prix même si le fonds de commerce périt en tout ou partie. C'est une application de la maxime « res perit domino » énoncée par l'article 1138 du Code civil : « L'obligation de livrer la chose par le seul consentement des parties contractantes rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite ». L'acquéreur n'est cependant pas complètement désarmé. L'obligation de donner, dont le promettant est débiteur, emporte en effet celle de veiller à la conservation de la chose, conformément aux articles 1136 et 1137 du Code civil. Si donc la perte ou la détérioration sont la conséquence d'une faute du vendeur, l'acheteur pourra réclamer, soit une diminution de prix, soit des dommages-intérêts. C'est ce que juge le tribunal de commerce du Havre (2) le 31 mars 1920 : « Attendu qu'entre la date de la réalisation de la

(1) Aubry et Rau t. V par. 349 texte et note 6 ; Cohen n° 198 ; J.C.N. 2^e part. form. v^o f. de c. fasc. P. 1 p. 3 ; Mahoudeau p. 136 ; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 175

(2) Rec. Hav. 1920.1.166

promesse de vente (synallagmatique) et celle fixée pour la prise de possession un incendie a détruit partiellement l'immeuble dans lequel s'exploitait le fonds vendu, ainsi qu'une partie du matériel et des marchandises, attendu que si juridiquement un tel contrat produit ses effets du jour de l'acceptation de la promesse, et a notamment pour conséquence de faire passer immédiatement à l'acceptant la propriété de la chose vendue, le vendeur n'en est pas moins tenu de l'obligation de délivrance de la chose intacte à la date stipulée ; attendu ainsi que, comme détenteur de cette chose jusqu'au jour de la réalisation de la promesse, il encourt à sa conservation intégrale une responsabilité certaine ; que cette détention étant l'une des conditions régulières de la vente résultant de la promesse, le vendeur doit en subir toutes les conséquences normales ».

Dans le cas où les parties introduisent dans leur contrat une clause de réserve de propriété, en vertu de laquelle le bénéficiaire ne deviendra propriétaire du fonds de commerce qu'au moment de la délivrance (1), les risques incombent au promettant (art. 1138 C. civ. a contrario). Ce dernier ne pourra réclamer le prix du fonds dans l'hypothèse d'une destruction de la chose et la vente sera impossible faute d'objet (2). Lorsqu'une dépréciation se produit, la propriété du fonds peut être transférée puisque l'établissement n'a pas disparu en totalité. L'acquéreur devra donc verser le prix ; en ce sens, on peut déclarer que les risques d'un amoindrissement pèsent sur le créancier. Le nouveau propriétaire est d'ailleurs en mesure d'exercer un recours contre son cocontractant pour obtenir un dédommagement, en cas d'inexécution de l'obligation de veiller à la conservation de la chose.

b) — **Promesse conditionnelle :**

La charge des risques incombe au promettant ou au bénéficiaire, selon que la condition est suspensive ou résolutoire (3).

Quand la promesse synallagmatique de vente est conclue sous condition suspensive, il appartient au promettant d'assumer la charge des risques conformément à l'article 1182 du Code civil : « Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'avènement de la condition. Si la chose a entièrement péri, sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix. Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve avec des dommages-intérêts ».

(1) R.P.D. t. XII n° 298

(2) Civ. 28 oct. 1924 D.H. 1924.682.

(3) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 148

Par conséquent, si le fonds de commerce périclète, l'acquéreur ne paie pas le prix, s'il est amoindri par suite d'un cas de force majeure, le bénéficiaire jouit d'une faculté d'option : demander la résolution de la promesse ou prendre possession de l'établissement en versant l'intégralité du prix. Cette faculté d'option est également prévue en cas de dépréciation fautive, et autorise son titulaire à résoudre le contrat ou exiger le fonds dans l'état où il se trouve, avec des dommages-intérêts. Quand la promesse synallagmatique de vente est conclue sous condition suspensive, les risques pèsent donc sur la tête du promettant.

Les parties impriment parfois à la condition insérée dans la promesse synallagmatique de vente un caractère résolutoire. Si le fonds est détruit entre la conclusion de la convention et l'avènement de la condition, le bénéficiaire ne peut réclamer la restitution du prix ou refuser d'en effectuer le versement : les risques lui incombent (1).

(1) Ravoire p. 39

CHAPITRE XI

SITUATION JURIDIQUE DU PROMETTANT

Les solutions que nous venons d'exposer au sujet du problème du transfert de propriété nous seront utiles pour préciser la situation juridique du promettant, que nous définirons d'abord dans la promesse unilatérale et ensuite dans la promesse synallagmatique en raison de la disparité de nature qui existe entre ces deux conventions.

SECTION I

Dans la promesse unilatérale de vente

Une situation juridique se compose de droits et d'obligations.

I DROITS DU PROMETTANT

Dans la promesse unilatérale de vente, le promettant, nous le savons, demeure propriétaire, puisque la mutation ne se produit qu'au moment de la levée d'option par le bénéficiaire. Néanmoins, les prérogatives ordinairement attachées à la qualité de propriétaire ne sont-elles pas, en quelque sorte, paralysées du fait de la promesse souscrite par le promettant ? Selon nous, celui-ci a la possibilité d'user et de jouir de son établissement, de l'administrer, de le mettre en gérance, enfin de constituer un nantissement. Des difficultés peuvent d'ailleurs surgir entre les deux parties à la promesse unilatérale de vente et susciter des conflits dont nous indiquerons l'essence.

A) — USAGE :

Le promettant, toujours propriétaire de son fonds de commerce, peut continuer à en faire usage, à occuper les locaux et y recevoir la clientèle.

B) — JOUISSANCE :

Les bénéfices d'exploitation réalisés entre la conclusion de la promesse et l'éventuelle levée d'option lui reviennent légitimement. Les fruits appartiennent normalement au propriétaire de la chose qui les produit.

C) — ADMINISTRATION :

Le promettant signe, le cas échéant, les contrats de fournitures, effectue les réparations du matériel ou de l'outillage, est en droit de procéder à des aménagements ou à des améliorations des lieux affectés

à l'exercice de son activité commerciale. Il engage¹ ou licencie le personnel, bref administre en chef d'entreprise. Ces différentes prérogatives ne soulèvent aucune contestation. Il en est d'autres, qui sont apparemment contestables, mais cependant indéniables.

D) — MISE EN GERANCE :

Le promettant peut-il mettre son fonds en gérance, alors qu'il a pris l'engagement de le vendre à une personne qui s'est réservé la faculté de l'acheter avec l'intention vraisemblable de l'exploiter elle-même ? La réponse nous est dictée par les principes fondamentaux du droit. L'auteur de la promesse, qui demeure propriétaire, a le pouvoir de mettre son établissement en gérance (1). Il est libre d'exploiter le fonds comme il l'entend, soit par lui-même, soit par préposé, soit par locataire. Le contrat de gérance est donc, à notre avis, opposable au bénéficiaire.

La jurisprudence, très rare en la matière, se prononce en ce sens. Ainsi un créancier saisissant ayant prétendu devant la Cour d'appel de Rouen (2) que le bail du fonds de commerce ne lui était pas opposable, les conseillers lui ont rétorqué que « les époux P... ayant conservé l'administration de leur fonds de commerce, avaient par suite le droit de le donner à bail, et que rien ne démontre que J... n'eût pas capacité pour s'en rendre locataire; que tant que L... (créancier saisissant) n'a pas démontré que cet acte fait fraude à ses droits, il n'est pas fondé à obtenir que les droits du locataire soient compromis ou suspendus par la seule méconnaissance qu'il déclare en faire... par ces motifs dit que le bail devra être respecté par l'acquéreur éventuel du fonds de commerce ».

La Chambre des requêtes (3) dans un arrêt rendu le 12 juin 1929 semble faire dissidence. Les bénéficiaires se plaignent que les usines dont la vente leur avait été promise ont été données à bail par le promettant à des tiers, en sorte que tout en ayant « dans le délai convenu déclare accepter la promesse, ils n'ont pu prendre possession effective des biens vendus et les utiliser suivant leur destination ». « Attendu », répond la Cour suprême, « qu'en décidant que, dans ces circonstances de fait, les consorts C... étaient fondés à retenir le prix stipulé, jusqu'à ce que la délivrance des choses vendues leur fut faite dans des conditions prévues au contrat... l'arrêt attaqué a légalement justifié sa décision ». Cet arrêt n'est pas contraire aux précédentes décisions judiciaires. Il signale en effet que les bénéficiaires avaient pris acte de la promesse de vente des usines pour y exercer leur industrie de fabrication des tissus élastiques et sous-entend que la délivrance devait être faite dans certaines conditions prévues au contrat, autrement dit

(1) Aubry et Rau t. V par. 349 texte et note 11 ; J.C.N. 2^e part. form. vo f. de c. fasc. P. 2 n^o 77; Planiol et Ripert t. X par Hamel n^o 178 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 95 ; Ravoire p. 70 ; R.P.D. t. XII v^o vente n^o 273

(2) 23 déc. 1927 D.P. 1928.2.181 note Montier

(3) D.H. 1929.445 — comp. Civ. 15 janv. 1918 D.P. 1918.1.17

que les immeubles devaient être libres de toute location. La Chambre des requêtes suggère ainsi aux bénéficiaires des promesses unilatérales de vente un moyen d'éviter la déconvenue résultant d'une mise en gérance du fonds de commerce : exiger l'insertion d'une clause interdisant au promettant de louer son établissement.

E) — NANTISSEMENT :

Le droit pour le promettant de constituer un nantissement sur son fonds de commerce suscite, au premier abord, le même doute que la mise en gérance. Le bénéficiaire s'est réservé, dans la promesse, la faculté d'acquérir un établissement libre de toute charge. Il sera déçu en apprenant qu'un nantissement a été constitué entre la conclusion du contrat et la levée d'option. N'a-t-il pas un moyen de faire tomber cet acte préjudiciable à ses intérêts ? L'éventuel acquéreur du fonds court évidemment le risque d'éviction, si la créance nantie est supérieure au prix de vente convenu. Néanmoins, la solution de droit est incontestable : le promettant, qui reste propriétaire jusqu'au jour où son cocontractant manifeste l'intention d'acheter, peut constituer un nantissement sur son fonds (1) et obtenir de la sorte le crédit indispensable à la poursuite ou à l'extension de son activité professionnelle. S'il veut pallier ce danger, le bénéficiaire se fera délivrer un état des privilèges et nantissements par le greffier du tribunal de commerce ou, mieux encore, il exigera l'insertion dans le contrat d'une clause ôtant au propriétaire actuel le droit de nantir (2).

Parmi les droits du promettant, nous ne mentionnons pas celui d'aliéner le fonds de commerce, parce que justement cette prérogative est enlevée au vendeur éventuel.

II — OBLIGATION DU PROMETTANT

Le promettant, en s'engageant à vendre son fonds au bénéficiaire pour le cas où celui-ci leverait l'option, s'oblige par là même à ne pas le céder à un tiers. Il nous faut étudier la nature et les modalités de cette obligation du promettant.

A) — NATURE :

Il existe trois catégories d'obligations : les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. A quel groupe appartient l'obligation du promettant ?

Certains auteurs pensent que l'obligation du promettant est une obligation de donner. Le plus ardent défenseur de ce système est M. Nast (3). « Si la promesse de vente », écrit-il, « diffère de la vente, ce

(1) Voir Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 96 — rapp. Maguet note sous Req. 20 janv. 1941 D.C. 1942.155

(2) Rapp. Civ. 4 janv. 1882 D.P. 1883.1.290

(3) Note sous Aix 27 avr. 1931 D.P. 1932.2.134 — dans le même sens conclusions avocat général Blanche sous Civ. 13 janv. 1869 S. 1869.1.182 ; Mauroy Rev. not. enreg. 1884 p. 142 n° 6826

n'est pas du côté du promettant, mais du côté du bénéficiaire. L'obligation de donner existe dès la signature de la promesse, mais elle n'est pas exigible tant que le créancier de la promesse n'exige pas la réalisation de la vente ». Cette opinion nous paraît insoutenable en raison de la nature juridique de la promesse unilatérale de vente. Puisque le bénéficiaire ne consent pas encore à la conclusion de la vente, le contrat ne peut engendrer à la charge du promettant une obligation de donner, car une dation suppose un concours de volontés, qui n'est pas encore réalisé. En matière de promesse de vente de fonds de commerce, cette controverse ne présente qu'un intérêt théorique. L'obligation de donner un meuble : un fonds de commerce, est en effet de nature mobilière et, par suite, elle est soumise au même régime juridique que les obligations de faire ou de ne pas faire.

Le système le plus couramment défendu par la doctrine (1) et la jurisprudence consiste à analyser l'obligation du promettant en une obligation de faire. La Cour de cassation (2) use de cette formule de principe : « Tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire qui ne peut engendrer pour celui au profit duquel elle existe qu'une créance mobilière ». Cette thèse dominante nous semble erronée. Un individu n'est débiteur d'une obligation de faire que dans la mesure où il doit accomplir un fait quelconque au profit de son cocontractant. Or, en notre matière, nous n'apercevons pas cette action que le promettant devrait effectuer. Ce n'est pas une collaboration à la réalisation de la vente, car la levée d'option par le bénéficiaire suffit à rendre la cession parfaite et permet de vaincre toute résistance de l'autre partie. Ce n'est pas la délivrance de la chose vendue, ramification de l'obligation de donner qui prendra naissance lors de la perfection du contrat de vente.

Par conséquent, nous estimons que le promettant est débiteur d'une obligation de ne pas faire. Selon nous, le promettant n'a rien à faire ; il a à ne rien faire. Pour vendre au bénéficiaire, il doit s'abstenir de céder son fonds de commerce à une autre personne. L'objet de son obligation n'est pas une action : c'est une abstention. Cette opinion est partagée par Josserand (3) et M. le doyen Voirin (4). La promesse unilatérale de vente fait « peser », affirme ce dernier, « sur le promettant une obligation... : obligation de ne pas faire... (c'est-à-dire l'obligation de ne pas vendre la chose à un tiers, car cette vente paralyserait irrémédiablement le droit du bénéficiaire de la promesse, à cause de l'effet relatif des obligations, et sous réserve de la fraude) ».

(1) Aubry et Rau t. V par. 349 texte et note 10 ; Colin, Capitant et Julliot de La Morandière t. II n° 832 ; Dautriche p. 114 ; Defaye p. 75 ; J.C.N. 2^e part. form. v° f. de c. fasc. P. 2 n° 76 ; Maguet note sous Req. 20 janv. 1941 D.C. 1942.155 ; Pilon sous Req. 26 nov. 1935 D.P. 1936.1.37 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 88 ; Ravoire p. 66 ; R.P.D. t. XII V° vente n° 275

(2) Civ. 7 mars 1938 S. 1938.1.186

(3) N° 1.072

(4) Le pacte de préférence J.C.P. éd. not. 1954.1.1192 n° 3 — en sens contraire Boyer Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

B¹ — MODALITES :

L'obligation du promettant peut être pure et simple ou conditionnelle. La clause de « dédit », souvent insérée dans les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce, joue en ce domaine un rôle déterminant.

Dans le cas où la promesse unilatérale de vente du fonds de commerce ne prévoit aucune faculté de « dédit » au profit du promettant, l'obligation de ne pas faire assumée par ce dernier est pure et simple. En s'engageant à vendre son fonds au bénéficiaire, il doit s'abstenir de toute cession fautive à un tiers. Il ne lui est pas possible de se rétracter. « Il y a une obligation immédiate, pure et simple à la charge du promettant et au profit du stipulant », écrit Bourcart (1).

L'obligation du promettant peut aussi revêtir un caractère conditionnel. Il en est ainsi, lorsqu'une clause dite « de dédit » est stipulée dans la promesse de vente. Dans cette hypothèse, le promettant s'oblige à ne pas faire, sous condition de ne pas se raviser. Il est donc en droit de se départir de sa promesse et, par suite, de vendre à une autre personne que le bénéficiaire. Une telle conduite l'expose évidemment à la perte de l'indemnité fixée dans la convention.

On a soutenu jadis que la promesse unilatérale de vente engendrait, à la charge du promettant, une obligation conditionnelle de donner, la condition consistant dans le consentement du bénéficiaire à la réalisation de la vente (2). De nos jours, ce système est abandonné. La levée d'option par le bénéficiaire ne peut être considérée comme une condition. Le « dédit », au contraire, imprime à la promesse et à l'obligation du promettant un caractère conditionnel.

III — TRANSPORT DE L'OBLIGATION

L'obligation souscrite par le promettant est-elle cessible entre vifs, transmissible à cause de mort ?

En droit français, la cession de dettes est interdite (3). L'obligation assumée par un individu est incessible en raison de son caractère personnel. Il en résulte que le promettant ne peut transporter son engagement sur la tête d'une autre personne. Le problème a été posé devant la Cour d'appel de Nancy (4), qui l'a tranché conformément au principe de l'incessibilité.

Au contraire, la promesse unilatérale de vente lie les héritiers (5), qui sont tenus de la respecter et ne peuvent faire obstacle à la réalisa-

(1) Note sous Nancy 4 avril 1906 S. 1906.2.240

(2) De Guillin p. 151 — dans le même sens Civ. 13 janv. 1869 D.P. 1869.1.295.

(3) Bourcart note S. 1906.2.240 ; Colin Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 643

(4) 4 avril 1906 D.P. 1908.2.148 et la note — en sens contraire, Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 92

(5) Dautriche p. 87 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P. 2 n° 81 et 82 ; Lalou D.H. chr. 1928 p. 1 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 106

tion de la vente, si le titulaire du droit d'option use de la faculté d'acheter qu'il s'était réservée par contrat conclu avec le « de cujus ». Une difficulté surgit quand le promettant laisse des héritiers mineurs. Le tuteur est-il obligé d'accomplir les formalités prévues par la loi pour la vente des biens des mineurs, dans le cas où le bénéficiaire manifeste l'intention d'acheter le fonds de commerce ? D'après nous, cette façon de procéder n'est pas nécessaire (1). Les mineurs ne vendent pas, mais exécutent un engagement de vendre souscrit par leur auteur qu'ils ont trouvé dans la succession de ce dernier en même temps que les autres éléments du patrimoine transmis.

Par conséquent, l'obligation du promettant est incessible entre vifs, mais transmissible à cause de mort.

IV — VIOLATION DE SON OBLIGATION PAR LE PROMETTANT

Le promettant qui vend son fonds de commerce à un tiers au mépris de la promesse par lui consentie au bénéficiaire se rend coupable d'une faute contractuelle : il viole l'obligation de ne pas faire dont il est débiteur et s'oblige par son attitude répréhensible à réparer le dommage causé à son cocontractant, dépouillé du droit d'option dont il était titulaire. La cession de l'établissement à un tiers constitue donc une faute génératrice de préjudice. L'auteur de ces agissements est contractuellement responsable : il est contraint de réparer selon certains modes, qui varient suivant que le tiers acquéreur est ou non de mauvaise foi, et qu'une clause de dédit est ou non stipulée dans la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce.

A) — MAUVAISE FOI DU TIERS ACQUEREUR :

La doctrine moderne (2) distingue deux sortes de mauvaise foi : la mauvaise foi — intention de nuire et la mauvaise foi — connaissance. La première ne se conçoit pas sans la seconde ; en revanche, la seconde n'est pas toujours associée à la première. Un tiers acquéreur peut contracter tout en ayant connaissance de la faculté d'option réservée au bénéficiaire, sans avoir pour cela l'intention de nuire à celui-ci. Il n'est donc pas superflu de rechercher la nature de la mauvaise foi du tiers acquéreur, d'autant plus qu'elle commande le mode de réparation du préjudice causé au titulaire de l'option. Dans le cas où le tiers acquéreur connaît l'existence de la promesse unilatérale de vente préalablement consentie par le promettant et acquiert néanmoins le fonds de commerce, il se rend complice de la violation de l'obligation contractuelle souscrite par son vendeur.

La jurisprudence sanctionne sa conduite préjudiciable aux intérêts du bénéficiaire, sans exiger la commission d'un dol. Le 10 avril 1948,

(1) Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 106.

(2) G. Lyon-Caen : de l'évolution de la notion de bonne foi Rev. trim 1946 p. 76 et suiv.

la Chambre civile de la Cour de cassation (1) affirme « que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à relever contre une personne, même étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en demandant ou en acceptant une hypothèque sur l'immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse et constituée par l'auteur de cette promesse au mépris de son obligation ».

Quand le tiers acquéreur est ainsi de mauvaise foi, c'est-à-dire achète le fonds de commerce tout en connaissant la promesse unilatérale antérieurement consentie par son vendeur, il se rend coupable d'une faute délictuelle qui engage sa responsabilité conformément à l'article 1382 du Code civil. Doctrine (2) et jurisprudence estiment, en effet, que le tiers qui apporte son concours à la violation par un contractant de ses obligations conventionnelles est fautif et doit réparer le préjudice causé. Dans ce cas, le bénéficiaire dépouillé de son droit d'option dispose d'une action en responsabilité contractuelle dirigée contre le promettant et d'une action en responsabilité délictuelle dirigée contre le tiers acquéreur. Quel dédommagement obtiendra-t-il ? Une allocation de dommages-intérêts ? Ou bien un mode de réparation plus efficace : l'annulation de la vente faite en violation de ses droits ? Les cours et tribunaux, placés devant la mauvaise foi du tiers, jugent souvent que la vente frauduleuse est nulle et non avenue.

Dès 1906, la Cour d'appel de Nancy (3) se prononce en ce sens : « Attendu en conséquence que la violation par les consorts L... et la Société E... de l'engagement rigoureux et absolu, que les premiers avaient pris à l'égard de J... que la seconde connaissait pertinemment et en second lieu le préjudice qu'ensemble et de concert ils lui ont causé par leur combinaison malveillante, doivent entraîner, contre les uns et contre l'autre, aux termes des articles 1167 et 1382 du Code civil, une condamnation solidaire à des dommages-intérêts, et tout à la fois l'annulation de la vente frauduleuse ; que cette dernière mesure se justifie tant par l'application des articles de loi précités que par la nécessité d'anéantir l'acte qui a été le résultat de la collusion quasi délictueuse ; que cet anéantissement est le moyen le plus direct et le plus efficace de supprimer la situation préjudiciable que cet acte a créée et d'empêcher qu'il perpétue par son maintien les effets fâcheux dont il a été la cause ». Cet arrêt est très bien motivé et indique avec précision le fondement de l'annulation de la vente frauduleuse. La Cour déclare la cession non avenue, parce qu'elle pense que c'est là le moyen le plus efficace de supprimer le dommage subi par le bénéficiaire. Autre-

(1) 10 avr. 1948 D 1948.421 — dans le même sens Nancy 4 avr. 1906 D.P. 1908.2.148 ; Req. 12 janv. 1926 D.H. 1926.116 ; Aix 20 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5501 note Emile Becque.

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 197 ; Lalou : 1382 contre 1165 D.H. chr. 1928 p. 69.

(3) 4 avr. 1906 D.P. 1908.2.148

ment dit, l'annulation est un mode de réparation qui tient lieu de dommages-intérêts (1).

La Cour de Nancy, dans son arrêt précité, invoque à la fois les articles 1167 et 1382 du Code civil pour justifier sa décision. Il nous semble difficile de se prévaloir, en la matière, des prescriptions de l'article 1167, relatif à l'action paulienne (2). Ce texte, tel qu'il est interprété par la doctrine (3) et la jurisprudence, suppose en effet une insolvabilité provoquée ou accrue par l'acte frauduleux que désire faire tomber le créancier lésé. Le promettant peut fort bien être solvable. Malgré l'ardent plaidoyer effectué par Bourcart (4) en faveur d'une extension de l'action paulienne, nous estimons, pour notre part, qu'il n'y a aucun intérêt à faire sortir cette action de son domaine habituel. On avance parfois, pour justifier la solution jurisprudentielle, la maxime « *fraus omnia corrumpit* » (5), qui satisfait sans doute l'équité, mais ne trouve aucun appui dans les textes.

A notre avis, la meilleure façon de justifier l'annulation de la vente frauduleuse, c'est encore de recourir à l'article 1382 du Code civil. Ce texte est compréhensif, puisqu'il retient « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage ». Certains auteurs font preuve de réticence sur ce point. M. le doyen Hamel (6) écrit à ce sujet : « Encore faudrait-il établir qu'il y a délit dans le fait d'acquérir, même en connaissance de cause, une chose sur laquelle pèse seulement une obligation de faire à la charge du vendeur ». Ces scrupules nous paraissent excessifs : le tiers qui achète un fonds de commerce tout en connaissant l'existence d'un droit d'option au profit du bénéficiaire se rend complice de la violation par le promettant de ses obligations contractuelles, engage donc sa responsabilité et s'expose à réparer le préjudice causé par lui. Au premier abord, il semble peut-être étonnant que le mode de réparation élu par la jurisprudence consiste dans l'annulation de la cession frauduleuse. Il faut se souvenir que l'allocation de dommages-intérêts n'est pas la seule ressource des juridictions. La loi leur ordonne d'assurer la réparation intégrale du dommage subi, mais les laisse libres de choisir le procédé le plus idoine (7). Nous nous croyons donc autorisé à conclure que l'anéantissement de l'acquisition du fonds de commerce effectuée par le tiers au détriment des droits du bénéficiaire est justifié par l'article 1382 du Code civil (8).

(1) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 832; J.C.N. 2^e partie form. v° f. de c. fasc. P. 2 n° 114; Jossierand n° 1072; N.R.D. 1950 v° vente n° 52 et 53; Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 179; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 102; R.P.D. t. XII v° vente n° 274.

(2) En sens contraire Jossierand n° 1072; R.P.D. t. XII v° vente n° 274.

(3) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 441; Hélène Sinay. Rev. trim. 1948 p. 182.

(4) Note S. 1906.2.240.

(5) Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 179.

(6) Planiol et Ripert t. X par Hamel n° 179 — dans le même sens Boyer Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

(7) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 332.

(8) Dans le même sens Morel: Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant 1939 p. 541, Civ. 10 avr. 1948 D. 1948.421.

Il résulte de cette analyse que la revente par le tiers acheteur à un sous-acquéreur de bonne foi dépouille le titulaire du droit d'option de sa faculté d'acquérir le fonds de commerce. La cession par le promettant au tiers acheteur est en effet valable en elle-même, puisque son annulation s'interprète en un simple mode de réparation. Le sous-acquéreur de bonne foi, qui ignorait les prérogatives du bénéficiaire, ne peut donc être inquiété. Le bénéficiaire « ne peut poursuivre l'annulation de la vente et la restitution de la chose qu'au cas seulement où aucune revente intervenue entre temps au profit d'un nouvel acheteur exempt de faute ne met obstacle aux dites annulation et restitution » (1). Le sous-acquéreur de bonne foi est néanmoins évincé du fonds de commerce, si la première cession est fictive et frauduleuse, simulée uniquement pour dépouiller le bénéficiaire de son droit d'option. Le tiers acquéreur, n'ayant jamais en réalité acquis la propriété du fonds, ne peut l'avoir transmise à son ayant cause (2).

Les juridictions, étant libres d'adopter le mode de réparation qui leur paraît le mieux convenir à l'espèce, ne sont nullement contraintes de prononcer l'annulation de la vente du fonds de commerce par le promettant au profit d'un tiers acquéreur de mauvaise foi. Il leur est loisible d'attribuer de simples dommages-intérêts au bénéficiaire. « Attendu que les juges du fond, appelés à statuer sur la violation d'un tel pacte (de préférence), ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat (sic) au dommage subi et qu'en l'absence d'un texte l'édicteant, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation » (3).

Jusqu'alors, nous avons raisonné dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce sans « dédit » au profit du promettant. En pratique, la clause de dédit est très fréquemment insérée dans cette convention. Sa présence, selon nous, modifie nos conclusions précédentes. Nous pensons en effet qu'en cédant son établissement à un tiers acquéreur le promettant manifeste l'intention de se rétracter. Le bénéficiaire ne peut donc réclamer en justice l'annulation de la vente frauduleuse. Il encaissera seulement l'indemnité fixée dans la promesse.

B) — BONNE FOI DU TIERS ACQUEREUR :

Dans le cas où le tiers acquéreur est de bonne foi, c'est-à-dire ignore, en achetant le fonds de commerce du promettant, l'existence du droit d'option consenti par ce dernier au bénéficiaire, il ne commet aucune faute et n'est point complice de la violation d'une obligation contractuelle qu'il ne connaissait pas. Il échappe par conséquent à toutes sanctions. Le bénéficiaire ne peut le poursuivre en réparation du

(1) Civ. 13 nov. 1929 D.P. 1929.1.191

(2) Civ. 10 mai 1949 J.C.P. 1949.2.4972 note Emile Becque.

(3) Civ. 12 juin 1954 D. 1954.588 sur pourvoi contre Aix 20 févr. 1950 J.C.P. 1950.2.5501.

dommage causé et, a fortiori, obtenir l'annulation de la vente faite au détriment de ses droits. Il existe, dans cette hypothèse, un seul coupable : le promettant, qui a violé l'obligation de ne pas faire dont il était débiteur. Il sera donc condamné à indemniser son cocontractant, c'est-à-dire à lui verser une certaine somme d'argent, soit déterminée par les tribunaux, soit fixée par une clause de « dédit ».

SECTION II

Dans la promesse synallagmatique de vente

La situation juridique du promettant dans la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce est, dans l'ensemble, plus fragile que dans la promesse unilatérale. Le bénéficiaire ne se réserve plus une simple faculté d'acquiescer, il s'engage à acheter : les droits et obligations de son cocontractant sont donc modifiés, les premiers restreints et les secondes accrues. Cette assertion est surtout vérifiée quand la promesse synallagmatique est à exécution certaine.

Sous-Section I

DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE A EXECUTION CERTAINE

L'exécution de la promesse synallagmatique de vente est certaine, lorsque la convention est pure et simple ou sous condition résolutoire. Dans les deux cas, la promesse de vente vaut vente, conformément aux dispositions de l'article 1589 du Code civil. Les droit et obligation du promettant sont donc ceux d'un vendeur, mais d'un vendeur à terme, car la prise de possession est presque toujours postérieure à la conclusion de la promesse.

I — DROITS DU PROMETTANT

Le promettant, lié par une promesse bilatérale de vente de fonds de commerce pure et simple ou sous condition résolutoire, a essentiellement le droit d'exiger de son cocontractant le versement du prix de vente fixé dans la convention. Si le bénéficiaire refuse ou tarde de payer le prix convenu, le promettant, en vertu de l'exception non « *adimpleti contractus* », pourra différer la délivrance de la chose vendue et, le cas échéant, réclamer en justice l'annulation du contrat.

II — OBLIGATION DU PROMETTANT

Le promettant, dans la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce pure et simple ou sous condition résolutoire, est, d'autre part, débiteur d'une obligation, dont nous allons préciser la nature et dégager les effets.

A) — NATURE :

Le promettant s'engage à vendre son établissement à un bénéficiaire qui s'oblige à l'acquérir. Conformément à l'article 1589 du Code civil, cette promesse de vente équivaut à la vente. Le promettant n'est donc pas débiteur d'une simple obligation de ne pas faire, comme en matière de promesse unilatérale, mais bien d'une obligation de donner pure et simple ou sous condition résolutoire. Il est dans la situation juridique d'un vendeur et son obligation entraîne les mêmes effets que celle d'un cédant.

B) — EFFETS :

Le promettant, vendeur à terme, est tenu, en raison de son obligation de donner, de veiller à la conservation du fonds de commerce, de le livrer, d'en restituer les fruits au bénéficiaire, enfin de mettre les livres comptables à la disposition de son cocontractant.

a) — Veiller à la conservation de la chose :

« L'obligation de donner emporte celle... de conserver la chose jusqu'à la livraison », énonce l'article 1136 du Code civil et l'article suivant précise que « l'obligation de veiller à la conservation de la chose... soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ». Cette obligation de veiller à la conservation de la chose (1), qui incombe au vendeur à terme, présente, en notre matière, un caractère particulier par suite de la nature spéciale de la chose vendue : un fonds de commerce. Selon nous, le promettant n'est pas seulement tenu de la conservation matérielle du fonds (2). Nous l'estimons également obligé de poursuivre l'exploitation du fonds, d'éviter tout épuisement du stock de marchandises et de satisfaire, en commerçant avisé, les exigences de la clientèle qui fréquente son établissement.

b) — Livrer le fonds de commerce :

Le promettant est également obligé de livrer le fonds de commerce à la date convenue, très souvent postérieure à la promesse de vente. C'est la raison pour laquelle le contrat constitue une vente à terme. Il arrive, dans la pratique, que le jour préalablement fixé pour la prise de possession soit reculé par accord ultérieur entre les parties. Cela se produit en particulier lorsque le bénéficiaire ne trouve aucun amateur pour son propre fonds de commerce.

c) — Restituer les fruits :

Conformément à l'article 1614 du Code civil, depuis le jour de la promesse synallagmatique valant vente, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur. Le bénéficiaire est donc en droit de réclamer les bénéfices

(1) Agen 31 janv. 1938 D.H. 1938.283.

(2) Trib. com. Le Havre 31 mars 1920 Rec. Hav. 1920.1.166.

commerciaux réalisés par son cocontractant entre la conclusion du contrat et la prise de possession.

d) — **Communiquer les livres comptables :**

La loi du 29 juin 1935 énonce, dans son article 15, qu'« au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent tous les livres de comptabilité, qui ont été tenus par le vendeur et qui se réfèrent aux trois années précédant la vente ou au temps de sa possession du fonds si elle n'a pas duré trois ans ; ces livres sont l'objet d'un inventaire signé par les parties et dont un exemplaire est remis à chacune d'elles ». En raison du principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente, promettant et bénéficiaire doivent se conformer aux prescriptions de ce texte, viser les livres comptables et en dresser inventaire.

Sous-section II

**DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE
A EXECUTION EVENTUELLE**

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce revêt presque toujours un caractère conditionnel par suite de la stipulation d'un dédit, d'une clause de paiement du prix, de la rédaction d'acte définitif, par exemple. L'exécution de la convention dépend de l'accomplissement de la condition suspensive. La situation juridique du promettant est alors celle d'un vendeur pendente conditione.

I. — DROITS DU PROMETTANT

Aussi longtemps que la condition suspensive n'est pas réalisée, le promettant demeure propriétaire du fonds de commerce. Cette qualité lui confère certains droits : il peut exploiter, nantir, mettre en gérance et même vendre son fonds à un tiers.

A) — **EXPLOITER :**

Le promettant, vendeur pendente conditione, conserve l'usage et la jouissance de son établissement, achète et cède les marchandises, reçoit la clientèle et la satisfait.

B) — **NANTIR :**

Le promettant peut également constituer sur son fonds de commerce un nantissement, que l'avènement de la condition fera rétroactivement disparaître.

C) — **METTRE EN GERANCE :**

Toujours propriétaire, le promettant est en droit de gérer son fonds comme il l'entend, soit par lui-même, soit par préposés, soit par recours aux bons offices d'un gérant libre. La réalisation de la condition suspensive soulèvera un délicat problème : celui de l'opposabilité au bénéficiaire du contrat de gérance libre. Il nous semble que la

location-gérance de fonds de commerce, comparable à un bail d'immeuble, doit être considérée comme un acte d'administration, opposable par suite à l'acquéreur (comp. art. 1673 C. civ.) (1).

D) — VENDRE A UN TIERS :

Le promettant qui vend son fonds de commerce à un tiers ne vend pas la chose d'autrui, mais transmet un droit de propriété fragile qui sera anéanti en cas d'accomplissement de la condition suspensive. Cette règle souffre pourtant exception dans l'hypothèse d'une promesse de vente avec dédit. Nous pensons, en effet, que la vente à un tiers vaut pour le promettant intention de se départir de la promesse et le contraint à abandonner l'indemnité compensatrice au bénéficiaire.

Tels sont les droits dont jouit le promettant.

II — OBLIGATION DU PROMETTANT

La promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce sous condition suspensive engendre aussi à la charge du promettant une obligation, dont nous préciserons la nature et l'effet.

Conformément à l'article 1589 du Code civil et en raison de l'insertion d'une condition suspensive, la convention donne naissance à une obligation conditionnelle de donner. Les principaux effets de la vente : veiller à la conservation de la chose, livrer le fonds, restituer les fruits, dépendent donc de la réalisation d'un événement futur et incertain : par exemple la rédaction des actes définitifs, le paiement de tout ou partie du prix, le non-usage de la faculté de dédit. Il nous paraît néanmoins que l'obligation du promettant produit un effet immédiat.

Cet effet consiste dans le respect des formalités édictées par l'article 15 de la loi du 29 juin 1935. A notre avis, au jour de la promesse de vente sous condition suspensive, les parties doivent viser tous les livres de comptabilité tenus par le vendeur et se référant aux trois années précédant la vente ou au temps de sa possession du fonds si elle n'a pas duré trois ans et sont obligées d'en faire un inventaire. La jurisprudence est sur ce point divisée. Certaines décisions judiciaires (2) estiment que l'article 15 est applicable à la promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive. D'autres (3) soutiennent le contraire. La doctrine (4) se désintéresse, en général, du problème. La validité de la convention n'est pas en cause puisque les juridictions ne prononcent aucune sanction en cas de violation de l'article précité. Le bénéficiaire aurait cependant intérêt à consulter les livres comptables dès le jour de la promesse, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des déclarations faites par son cocontractant.

(1) Comp. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière t. II n° 659 ; J.C.C. fasc. VII n° 235.

(2) Trib. com. Lyon 30 mars 1938 R.F.C. 1939.177 ; Trib. com. Le Havre 8 déc. 1952 Rec. Hav. 1952.1.209

(3) Trib. com. Rouen 3 juin 1938 R.F.C. 1938. 360

(4) Esmein. Lois nouvelles 1935.1.203 n° 78 ; Gabreau et Taillefer p. 50 ; Perret : transmission de fonds de commerce : formalités et délais p. 5

CHAPITRE XII

SITUATION JURIDIQUE DU BÉNÉFICIAIRE

La situation juridique du bénéficiaire, comme celle du promettant, diffère selon que la promesse est unilatérale ou synallagmatique.

SECTION I

Dans la promesse unilatérale de vente

Le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente de fonds de commerce se réserve une simple faculté d'acquérir, mais ne s'engage pas à acheter. Il ne contracte aucune obligation, mais devient titulaire d'un droit, dont nous analyserons la nature, la sauvegarde et le transport.

I — NATURE DU DROIT

Le bénéficiaire n'est pas créancier d'une dation, car l'échange de consentements, nécessaire à la perfection de la vente, n'est pas encore accompli. Il est seulement créancier d'une abstention en vertu de laquelle le promettant s'oblige à ne rien faire contre le droit d'option consenti par lui à son cocontractant (1). Cette créance du bénéficiaire, fragile aussi longtemps que la cession n'est pas conclue, peut cependant être sauvegardée et transportée.

II — SAUVEGARDE DU DROIT

Nous avons montré dans le chapitre précédent que le promettant engageait sa responsabilité en vendant à un tiers. La sauvegarde du droit du bénéficiaire est assurée avec une efficacité variable, soit par la menace d'une condamnation pécuniaire, soit par l'annulation de la cession frauduleuse. Nous ne reprendrons pas ici les explications que nous avons fournies plus haut (2). Nous préférons nous attarder davantage sur le problème du transport du droit.

III — TRANSPORT DU DROIT

Le bénéficiaire est titulaire d'un droit d'option sur un fonds de commerce. C'est une prérogative cessible entre vifs et transmissible à cause de mort.

(1) Note Bourcart sous Nancy 4 avr. 1906 S. 1906.2.240 ; Note Nast sous Aix 27 avr. 1931 D.P. 1932.2.134 ; Civ. 7 mars 1938 D.H. 1938.260.

(2) Voir p. 212 à 216.

A. — CESSIBILITE ENTRE VIFS :

Au premier examen, la cessibilité entre vifs du droit d'option paraît contestable. Il semble qu'on ne puisse contraindre le promettant à vendre son fonds à une personne autre que le bénéficiaire. La cession d'une faculté d'achat est pourtant admise par les tribunaux.

En faveur de la licéité d'un tel transport de droit, il est possible, en effet, d'invoquer le principe de la liberté des conventions exprimé par l'article 1134 du Code civil et la validité de la cession de créance affirmée par l'article 1689 du même Code. Cette opération présente cependant un danger pour le promettant : l'insolvabilité du cessionnaire. Cet inconvénient est pallié par la jurisprudence qui déclare que le bénéficiaire initial demeure garant du paiement du prix de vente du fonds de commerce. Telle qu'elle est aménagée, la cession du droit d'option est donc parfaitement licite (1) ; elle ménage les intérêts de toutes les parties en présence et forme un système pertinent. Cette cessibilité entre vifs permet aux intermédiaires professionnels de se réserver le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, qu'ils cèdent ensuite à un tiers désireux d'acquérir l'établissement (2). La Cour de cassation (3) s'est prononcée dès 1866 en faveur de la cessibilité entre vifs de la promesse unilatérale de vente: « Attendu qu'aux termes de l'article 1598 du Code civil, rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne l'objet d'une cession, que, dans ce cas, le cédant, quelles que soient les stipulations intervenues entre lui et son cessionnaire, n'en reste pas moins obligé directement vis-à-vis de l'auteur de la promesse ». La jurisprudence (4) ne s'est jamais départie de cette opinion et fait application en la matière des règles qui régissent la cession de créance.

En effet, le transport d'un droit d'option équivaut à une cession de créance et doit par conséquent être opéré en conformité des prescriptions des articles 1689 et 1690 du Code civil. « Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre », précise le premier de ces textes. Le bénéficiaire remettra donc au cessionnaire un exemplaire de l'acte de promesse unilatérale de vente de fonds de commerce ou, à défaut, rédigera un contrat de cession du droit d'option. « A l'égard des tiers », indique l'article 1690 du Code civil, « le cessionnaire n'est saisi, que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Cédant

(1) Aubry et Rau t. v par. 349 texte et note 11; Defaye p. 115; Foissin p. 108; J.C.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. P. 2 n^o 86; Jossierand n^o 1072; Lalou D. H. chr. 1928 p. 1; N.R.D. v^o vente, n^o 50 à 53; Planiol et Ripert t. X par Hamel n^o 178; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 112; R.P.D. t. XII v^o vente n^o 278.

(2) Rapp. Civ 8 juin 1953 J.C.P. éd. not. 1953.2.7775 note Laurent; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n^o 4.

(3) Civ. 31 janv. 1866 D.P. 1866.1.69.

(4) Douai 30 juill. 1883 S. 1884.2.16; Riom 21 mai 1884 D.P. 1885.2.86; Req. 7 mars 1932 G. P. 1932.1.713; 8 nov. 1933 S. 1934.1.28.

et cessionnaire ont le choix entre deux procédés pour faire part de leur contrat au promettant. Ils opteront le plus souvent pour la signification faite au débiteur. Cette formalité est indispensable : son omission permettrait au bénéficiaire de lever l'option pour son compte (1).

B) — TRANSMISSIBILITE A CAUSE DE MORT :

Cessible entre vifs, la promesse unilatérale de vente est aussi transmissible à cause de mort (2). Le droit de créance dont est titulaire le bénéficiaire constitue, en effet, une partie de son patrimoine et profite à ses héritiers. La jurisprudence est en ce sens (3).

SECTION II

Dans la promesse synallagmatique de vente

La situation juridique du bénéficiaire d'une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce varie, suivant que l'exécution de la convention est certaine ou éventuelle.

I — DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE A EXECUTION CERTAINE

L'exécution de la promesse est certaine, lorsque le contrat est pur et simple, ou conclu à terme ou sous condition résolutoire. Dans ces différentes hypothèses, le bénéficiaire devient immédiatement propriétaire du fonds de commerce, doit en prendre livraison, en payer le prix, enfin profiter des fruits de la chose.

La date de la prise de possession est généralement fixée par la convention. Le plus souvent un terme est convenu, qui recule le moment de la délivrance. Le paiement du prix est de même réglementé par une clause contractuelle qui prévoit, en cas d'opération à crédit, la fraction du prix à verser comptant, habituellement le jour même de l'entrée en possession, et la manière dont le reliquat devra être acquitté. En principe, le bénéficiaire a droit aux fruits conformément à l'article 1614 du Code civil : le promettant est donc tenu de restituer à son cocontractant les profits réalisés dans le fonds de commerce depuis le jour de la formation de la promesse de vente.

II — DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE A EXECUTION EVENTUELLE

Quand une condition suspensive est introduite dans la promesse synallagmatique de vente, on ignore si le contrat produira effet ; son exécution est éventuelle. Il en est ainsi en particulier dans le cas où

(1) Req. 7 mars 1932 G.P. 1932.1.713

(2) J.Q.N. 2^e partie form. v^o f. de c. fasc. P.2 n^o 86

(3) Req. 3 déc. 1941 J.C.P. 1942.2.1785 — rapp. Poitiers 20 janv. 1954 D. 1954.158

les parties stipulent une clause de dédit, une clause conditionnelle de rédaction d'actes définitifs ou de paiement du prix. Dans ces diverses hypothèses, la promesse a la nature d'une vente sous condition suspensive. Jusqu'à l'accomplissement de celle-ci, la situation juridique du bénéficiaire est assez précaire : c'est celle d'un acheteur pendente conditione, qui n'est pas encore propriétaire du fonds de commerce. n'a pas à en prendre livraison, à en payer le prix ou à profiter des fruits. Il ne peut s'immiscer dans la gestion de l'établissement. Il lui est loisible cependant de préserver le germe de droit dont il est titulaire et de se livrer à des actes conservatoires : par exemple, interrompre une prescription. Ce dernier pouvoir n'a guère de conséquence pratique en matière de promesse de vente de fonds de commerce. La réalisation de la condition renforcera les prérogatives du candidat à l'acquisition et fera de lui un acheteur propriétaire de la chose vendue, à moins que des obstacles ne se dressent sur sa route et empêchent l'exécution du contrat.

CHAPITRE XIII

OBSTACLES A L'EXÉCUTION DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

La promesse de vente de fonds de commerce est destinée à être transformée en cession définitive. Des obstacles peuvent néanmoins empêcher, temporairement ou définitivement, cette métamorphose, soit par suite de la conduite rebelle d'un contractant, soit en raison de l'exercice de la faculté de revirement. Le problème est différent suivant que la promesse comporte ou non une clause de dédit.

SECTION I

Obstacles à l'exécution des promesses de vente sans dédit

En l'absence d'une clause de dédit dans la convention, l'obstacle résulte essentiellement de la conduite rebelle de l'une des parties : promettant ou bénéficiaire. Dans quelle mesure et comment cette difficulté peut-elle être surmontée ?

I — OBSTACLES OPPOSES PAR LE PROMETTANT

Le promettant peut s'opposer à l'exécution de la promesse de vente, soit parce qu'il a vendu le fonds de commerce à un tiers, soit parce que, tout en demeurant propriétaire, il refuse d'honorer ses engagements.

A) — VENTE A UN TIERS :

Avant la levée d'option du bénéficiaire, le promettant cède son établissement à un tiers au mépris de ses obligations. Si le tiers acquéreur est de bonne foi, le bénéficiaire est dépouillé de sa faculté d'acheter et doit se contenter d'une allocation de dommages-intérêts : la promesse de vente est irréalisable. En cas de mauvaise foi du nouveau propriétaire de la maison de commerce, le titulaire du droit d'option a des chances d'obtenir en justice l'annulation de l'acquisition frauduleuse et de recouvrer ainsi l'usage de ses prérogatives : l'obstacle est franchi.

La vente à un tiers n'est concevable qu'en matière de promesse unilatérale. Dans la promesse synallagmatique, la cession serait a non domino et le bénéficiaire ne serait point atteint par cette opération en

vertu de cette règle que « s'il y a conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds, c'est à la date de leurs contrats respectifs, qu'il y a lieu de se référer pour le résoudre (1) ».

De la vente à un tiers, on peut rapprocher le nantissement et la mise en location-gérance du fonds de commerce. Ces actes, s'ils ne constituent pas des obstacles irrémédiables, restreignent néanmoins les avantages que retirera le bénéficiaire de la levée d'option. Ce dernier réclamera avec succès l'anéantissement de ces opérations si elles sont entachées de fraude.

B) — MAUVAIS VOULOIR :

Parfois, le promettant refuse de délivrer le fonds de commerce, uniquement par mauvais vouloir. Cet obstacle n'est pas insurmontable. Le bénéficiaire qui a promis d'acquérir ou a levé l'option sommera son cocontractant d'exécuter ses engagements et de lui faire délivrance du fonds, en cas d'échec l'assignera devant le tribunal de commerce compétent, qui condamnera le défendeur récalcitrant à parapher les actes définitifs et à mettre le demandeur en possession de la chose vendue dans un certain délai. Les juges pourront user du procédé de l'astreinte et décider que le jugement tiendra lieu d'acte de vente (2). Nanti d'un tel titre, le bénéficiaire vaincra la résistance de son cocontractant, au besoin manu militari. Il lui serait également loisible de réclamer la résolution du contrat (3) en vertu des dispositions de l'article 1610 du Code civil : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra à son choix demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur ».

II — OBSTACLES OPPOSES PAR LE BENEFICIAIRE

Il est très rare que le bénéficiaire oppose des obstacles à l'exécution de la promesse de vente. En levant l'option, il manifeste son intention d'entrer en possession du fonds de commerce : on conçoit mal de sa part un revirement ultérieur, encore plus incompréhensible s'il s'agit d'une promesse synallagmatique.

Supposons cependant que des difficultés surgissent du fait du bénéficiaire. Le promettant fera sommation à son cocontractant de prendre livraison de l'établissement, bref recourra au système des offres réelles prévues par l'article 1257 du Code civil, offres réelles qui ne seront pas suivies de consignation en raison de la nature incorporelle du fonds de commerce. Si le bénéficiaire persiste dans son attitude, la solution la plus pratique et la plus opportune consistera pour le vendeur à se

(1) Civ. 17 juill. 1930 S. 1931.1.297 note Hubert.

(2) Aubry et Rau t. V § 349 texte et note 10 ; Boyer Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv. ; Defaye p. 134 ; Hébraud note sous Cass. 25 févr. 1946 D. 1946.341 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v^o f. de c. fasc. P2 n^o 118 et 120 ; N.R.D. 1950 v^o vente n^o 54 ; Ravoire p. 73 ; Vencent p. 25 ; Req. 18 mars 1912 D.P. 1913.1.198.

(3) Trib. com. Le Havre 14 avr. 1920 Rec. Hav. 1920.1.175.

prévaloir des prescriptions de l'article 1657 du Code civil : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». La jurisprudence décide en effet que « les expressions très générales de l'article 1657 embrassent les ventes commerciales et qu'une distinction est d'autant moins possible à cet égard que le Code de commerce promulgué plusieurs années après le Code civil ne contient aucune dérogation à l'article 1657 » (1).

SECTION II

Obstacles à l'exécution des promesses de vente avec dédit

La clause de dédit, fréquemment insérée dans les promesses de vente de fonds de commerce, offre aux deux parties le moyen de s'opposer irrémédiablement à l'exécution de la convention. L'obstacle ici est infranchissable. Le droit à l'exécution forcée est paralysé et la procédure a uniquement pour effet de forcer le contractant défaillant à payer le dédit, à condition qu'une force majeure n'empêche pas le versement de cette indemnité.

I — EXECUTION FORCEEE ET DEDIT

On pourrait estimer que la clause de dédit ne supprime pas le droit à l'exécution forcée. On pourrait invoquer, à l'appui de cette opinion, l'article 1228 du Code civil en vertu duquel « le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

En vérité, cette exécution forcée est impossible en présence d'une clause de dédit qui réserve expressément à chaque contractant la faculté de se départir de ses engagements. L'article 1590 du Code civil fait exception à la règle formulée par l'article 1228 du même Code. La jurisprudence se prononce en ce sens. A propos d'une promesse synallagmatique de vente, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (2) affirme « que les époux A... avaient le droit de ne pas réaliser la promesse de vente moyennant restitution des arrhes et paiement du dédit de 10.000 francs ». Les articles 1610 et 1611 du Code civil sont inapplicables en l'espèce, car ils « régissent le cas où le vendeur manque à faire la délivrance alors que des arrhes n'ont pas été versées » (3). En principe, et sauf convention contraire, la levée d'option par le bénéficiaire empêche l'autre partie de se dédire ensuite. L'exercice

(1) Req. 17 juill. 1882 D.P. 1883.1.304

(2) Req. 3 juill. 1933 S. 1933.1.343 — dans le même sens Cohen n° 198 J.C.N. 2^e partie form. v° f. de c. fasc. P.1 n° 81 et 82 ; Mahoudeau p. 209 ; Redouin p. 176 ; Vincent p. 25

(3) Paris 14 juin 1938 R.F.C. 1939.98

du jus poenitendi par le promettant n'est « juridiquement possible que s'il intervient avant l'acte par lequel le titulaire du droit d'option manifeste sa volonté d'acquérir » (1).

Une difficulté surgit en cas de mésentente entre coacquéreurs ou covendeurs. L'un veut acheter ou vendre ; l'autre désire verser le dédit. Peut-on contraindre un bénéficiaire à acquérir une simple part indivise d'un fonds en copropriété ? La jurisprudence décide à bon droit que « l'un des indivisaires s'en tenant à la réalisation de la vente, l'autre ne peut offrir valablement le dédit » (2). Cette solution est conforme à l'intention des parties : l'acheteur veut acquérir l'intégralité du fonds. Il est, d'autre part, logique de faire prévaloir l'obligation principale de livrer la chose vendue sur l'exécution de la clause accessoire de dédit.

II — PROCEDURE

Puisque l'exercice de la faculté de revirement est un obstacle infranchissable à l'exécution de la promesse de vente (3), la procédure permettra uniquement au contractant victime d'obtenir le versement du dédit. A cette fin, la partie récalcitrante sera sommée d'honorer ses engagements : délivrer le fonds ou en prendre livraison, selon qu'il s'agit du promettant ou du bénéficiaire. Cette mise en demeure préalable est indispensable (4), à moins de clause contraire introduite dans la convention. Si cette sommation d'exécuter l'obligation principale reste sans effet, le contractant défaillant sera ensuite sommé d'avoir à payer le dédit et, en cas de refus de sa part, sera assigné devant la juridiction consulaire afin de s'entendre condamner au versement de l'indemnité compensatrice. S'il est en mesure d'apporter la preuve d'un cas de force majeure, il échappera à cette condamnation.

III — FORCE MAJEURE ET DEDIT

En effet, lorsque le contractant ne peut exécuter la convention en raison d'un cas de force majeure, il ne manifeste aucunement l'intention de se départir de son engagement. Il n'y a pas, dans cette hypothèse, dédit volontaire, mais inexécution forcée. En conséquence, l'indemnité n'est point perdue (5). C'est ce qui se produit quand les locaux sont incendiés par suite d'un cas fortuit entre la conclusion de la promesse et la prise de possession. Le promettant, libéré de l'obligation de livrer la chose, n'a pas à verser le dédit.

La faillite de l'un des contractants n'est point considérée, au contraire, comme un cas de force majeure, parce qu'« elle ne présente pas les caractères d'une force supérieure à laquelle la volonté humaine est absolument impuissante à résister, la clause pénale est donc

(1) Trib. civ. Seine 15 juin 1932 G.P. 1932.2.565

(2) Angers 11 avr. 1951 J.C.P. 1951.2.6615 note Emile Becqué — dans le même sens Civ. 20 juill. 1955 Bull. cass. 1955.3.227

(3) Vincent p. 25

(4) Rouen 17 mai 1939 R.F.C. 1939.439

(5) Req. 3 déc. 1890 D.P. 1892.1.127

encourue » (1). Le décès n'est pas davantage une cause exonératoire : « L'héritier du décédé lui est substitué dans ses droits comme dans ses obligations ; il lui est loisible de prendre possession du fonds s'il l'entend ainsi et comme contrepartie, s'il veut résilier la vente, il doit verser le montant du dédit ; il n'est pas fondé à rompre purement et simplement le contrat » (2). A un étranger qui déclare n'avoir pu honorer une promesse de vente sous prétexte qu'il n'était pas titulaire de la carte de commerçant, la Cour d'appel de Lyon (3) rétorque « que les parties ayant stipulé une clause pénale ou un dédit, la somme ainsi fixée est due par celle qui se dérobe à son engagement, sauf le cas de force majeure que ne peuvent constituer aucun des deux motifs d'excuse (défaut de carte de commerçant, capitaux bloqués en zone occupée) invoqués par G... lesquels étaient connus de lui... et dont les conséquences étaient parfaitement prévisibles ». Ne constituerait pas davantage un cas de force majeure l'opposition maritale à la réalisation de la promesse de vente (4) de fonds de commerce conclue par la femme. L'événement n'est pas imprévisible, puisque son éventualité est précisée par l'article 4 du Code de commerce et l'article 227 du Code civil.

(1) Rouen 27 août 1873 D.P. 1876.2.62

(2) Trib. com. Le Havre 13 mai 1921 Rec. Hav. 1922.1.5

(3) 13 avr. 1942 G.J.C.L. 1942.171

(4) Dans le même sens, Hamel et Lagarde n° 359.

CHAPITRE XIV

SITUATION JURIDIQUE DE L'INTERMÉDIAIRE

L'intermédiaire intervient très fréquemment dans la conclusion des promesses de vente de fonds de commerce et son entremise soulève des problèmes délicats d'une grande importance théorique et pratique, parce qu'ils mettent en jeu les principes essentiels de notre Droit et roulent sur des sommes d'argent considérables. Nous rechercherons d'abord en quelle qualité juridique agit cet intermédiaire, dont nous analyserons ensuite la rémunération et la responsabilité.

SECTION I

Qualité juridique

A notre avis, le problème de la qualité juridique de l'intermédiaire est souvent mal posé par les auteurs (1). Ceux-ci estiment, en effet, que la personne qui s'immisce dans la formation des promesses de vente de fonds de commerce joue toujours le même rôle et, par suite, possède toujours la même qualité juridique. Cette opinion nous semble erronée. Selon nous, l'intermédiaire peut agir comme loueur d'industrie, comme courtier, enfin comme agent d'affaires.

I — L'INTERMÉDIAIRE EST UN LOUEUR D'INDUSTRIE

L'intermédiaire a, d'après nous, la qualité de loueur d'industrie dans trois hypothèses essentielles : quand il se charge de la divulgation d'annonces publicitaires, de l'indication de fonds de commerce à vendre, enfin de la rédaction d'actes.

A) — DIVULGATION D'ANNONCES PUBLICITAIRES :

Un propriétaire de fonds de commerce désireux de vendre entre en rapport avec une agence spécialisée qui borne son entremise à la divulgation d'annonces publicitaires destinées à favoriser la cession de l'établissement. L'intermédiaire est alors un loueur d'industrie. C'est ce que décide, à juste titre pensons-nous, le tribunal de commerce de Saint-Etienne (2) dans une espèce où « le propriétaire d'un café avait

(1) Boutaud et Chabrol n° 224; Cendrier n° 891; Cohen n° 1643; Guignard Rep. com. 1939.1.31; Ignace G.P. 1952 2^e semestre Doct. p. 25; J.C.C. fasc. XXXIV n° 5; Vencnt p. 70

(2) 12 juill. 1928 G.P. 1928.2.833

donné à un intermédiaire ordre d'inscrire dans ses services de publicité et d'indiquer la vente de son fonds de commerce ; en exécution de cet ordre, l'intermédiaire inscrit le fonds dans les services de ses agences, publia douze annonces dans les journaux et proposa l'affaire à ses clients ». Le tribunal juge « que le contrat intervenu entre l'agence de publicité et le négociant désireux de vendre son fonds de commerce est un contrat de louage d'ouvrage et de services et non un contrat de mandat, lorsque cette agence de publicité n'a pas reçu dans ce contrat pouvoir de vendre et n'a pas été chargée de représenter le négociant dans les opérations de la vente intervenue ». Les juges commettent une redondance fâcheuse en considérant le contrat comme un louage d'ouvrage et de services. Ces deux catégories juridiques sont incompatibles. L'intermédiaire ne peut être à la fois un loueur d'ouvrage et de services. Il est l'un ou l'autre : ici, il possède la qualité de loueur d'ouvrage assimilable à celle de loueur d'industrie.

B) — INDICATION DE FONDS DE COMMERCE A VENDRE :

L'intermédiaire limite parfois son entremise à l'indication de fonds de commerce à vendre, mais ne s'immisce nullement dans les discussions préalables à la conclusion de la promesse et ne se charge point de la rédaction des actes. Quand il remplit une telle mission, il a, d'après nous, la qualité d'un loueur d'industrie : il fournit des renseignements. La jurisprudence dominante (1) dénie à l'intermédiaire indicateur tout droit à la commission.

C) — REDACTION D'ACTES :

Deux personnes convenues de réaliser la vente d'un établissement de commerce confient à un intermédiaire le soin de rédiger les actes, comme dans une espèce soumise à la Cour d'appel d'Angers le 15 février 1933 (2).

Dans ces trois hypothèses : divulgation d'annonces publicitaires, indication de fonds de commerce à vendre et rédaction d'actes, l'intermédiaire ne joue pas le rôle d'un courtier car il ne rapproche pas les parties. Il n'a pas la qualité d'un mandataire, puisqu'il n'agit pas pour le compte de ses clients, qui ne lui donnent point mandat de vendre ou d'acheter. Il ne gère leurs intérêts et par suite n'est point agent d'affaires. Il se contente d'effectuer une besogne qu'on lui assigne : divulguer des annonces, indiquer des fonds, rédiger des actes. Lorsque l'intermédiaire remplit une telle mission, il possède, selon nous, la qualité d'un loueur d'industrie et a droit, comme nous tenterons de le montrer plus loin, à une certaine rémunération, que l'affaire aboutisse ou non.

(1) Trib. com. Seine 14 déc. 1928 D.H. 1929.1.60 ; Trib. com. Fécamp 25 août 1937 G.P. 1937.2.711 ; Trib. civ. Meaux 21 mai 1952 D. 1952.519 en sens contraire Paris 8 mars 1882 D.P. 1883.2.244

(2) G.P. 1933.1.670 — dans le même sens Trib. com. Le Havre 11 mars 1930 Rec. Hav. 1930.1.200

II — L'INTERMEDIAIRE EST UN COURTIER

Les personnes désireuses de céder ou d'acquérir un fonds de commerce confient fréquemment à l'intermédiaire une mission plus étendue. Elles le chargent de leur trouver une contrepartie : un acheteur ou un vendeur, et ne seront satisfaites que dans le cas où leur but sera atteint. Cette fin qu'elles poursuivent détermine le rôle de l'intermédiaire : amener par son travail et ses démarches la réalisation de la vente ou de l'achat, et confère à celui-ci la qualité juridique d'un courtier. Suivant la jurisprudence (1), ce dernier doit « effectivement réaliser la vente en procurant l'acheteur au vendeur, mettre les parties en présence l'une de l'autre et obtenir de leur mutuelle volonté l'accord nécessaire à la conclusion définitive de la vente ». Le tribunal civil de Meaux (2) juge que l'intermédiaire est tenu : « 1° de rechercher par tous moyens publicité, relations ou autres un acquéreur possible, lui donner toutes indications nécessaires et le mettre en rapport avec le vendeur ; 2° négocier la vente c'est-à-dire obtenir l'accord de la volonté des parties, tant sur le prix que sur toutes autres conditions de la vente ; 3° rédiger l'acte de vente ou tout au moins le compromis ».

III — L'INTERMEDIAIRE EST UN AGENT D'AFFAIRES

Le plus souvent, l'intermédiaire est chargé d'une mission complexe de gestion des intérêts de ses clients. Il cumule les rôles : il rapproche les parties, constate leur accord, rédige promesse et acte définitif, accomplit les formalités de publicité et d'enregistrement, reçoit les oppositions, conserve les fonds à lui remis par l'acquéreur et en effectue ensuite la distribution. Les commerçants qui ignorent les injonctions de la loi et méconnaissent la nature et l'ampleur de leurs obligations font appel aux services éclairés d'un mandataire, qui agit à leur place en qualité d'agent d'affaires. D'après la Commission supérieure de cassation (3), « l'agent d'affaires est celui qui, sans aucun caractère public, se charge habituellement de gérer les affaires d'autrui moyennant salaire » ; et le tribunal civil de Béziers (4) ajoute que « l'agent d'affaires est un mandataire salarié ». La Cour d'appel de Riom précise que « l'intermédiaire qui va jusqu'à se charger de l'accomplissement des formalités de vente et de publicité, agit en vertu d'un mandat salarié » (5). La jurisprudence considère l'intermédiaire comme un mandataire salarié. Ce n'est pas toujours exact : il peut être loueur d'industrie. Ce n'est jamais expressif : il agit en qualité de courtier ou d'agent d'affaires, selon l'importance de sa mission.

(1) Trib. com. Toulouse 26 févr. 1930 G.P. 1930.1.743 ; Riom 6 nov. 1931 G.P. 1932.1.325 ; Trib. com. Toulouse 27 mai 1935 G.P. 1935.2.234 ; Trib. com. Fécamp 25 août 1937 G.P. 1937.2.711 ; Trib. civ. Meaux 21 mai 1952 D. 1952.519 ; Montpellier 25 mars 1953 G.P. 1953.1.418

(2) 21 mai 1952 D. 1952.519 — dans le même sens Trib. paix Aulnay-sous-Bois 16 déc. 1943 G.P. T.Q. 1941-1945 v° agent d'affaires p. 15 n° 4

(3) Voir Com. sup. cass. 5 nov. 1931 G.P. 1932.2.748

(4) Trib. civ. Béziers 30 juill. 1951 G.P. 1951.2.256

(5) Riom 6 nov. 1931 G.P. 1932.1.325

IV — CONCLUSION

Dans chaque affaire, il nous paraît indispensable de rechercher la qualité juridique de l'intermédiaire, que l'on déterminera d'après le rôle qui lui a été confié par ses clients (1). Lorsqu'une promesse de vente est rédigée, on doit se demander, à notre avis, s'il s'agissait de la seule mission de son rédacteur, ou bien si celui-ci était tenu également de rapprocher les parties et d'amener la conclusion de la vente, ou bien encore s'il s'était engagé à accomplir les formalités postérieures de publicité et d'enregistrement. Ce problème préalable de qualification, à trancher à l'aide d'un examen des obligations de l'intermédiaire, domine la question de la rémunération.

SECTION II

Remunération

D'après la jurisprudence, l'intermédiaire est un mandataire : proposition exacte quand l'intermédiaire joue le rôle d'un courtier ou d'un agent d'affaires. Le droit à rémunération semble donc, de prime abord, contestable en raison du principe de la gratuité du mandat. Après avoir montré qu'en réalité l'intermédiaire a droit à une commission, nous en déterminerons les conditions d'octroi et la fixation. Nous nous pencherons enfin sur une matière très controversée : le paiement d'un salaire dans l'hypothèse de caducité de la promesse.

I — DROIT A REMUNERATION

Le droit à rémunération résulte d'une exception au principe de la gratuité du mandat.

Courtiers et agents d'affaires sont des intermédiaires mandataires, donc privés du droit à rémunération conformément aux dispositions de l'article 1986 du Code civil : « Le mandat est gratuit ». Cette règle trouve son application dans le cas où des personnes se livrent occasionnellement à des actes d'entremise, par exemple lorsque des représentants de commerce, en relation avec de nombreux négociants, interviennent dans la conclusion des ventes de fonds de commerce.

Très souvent, ce principe formulé par l'article 1986 reste lettre morte, parce qu'il n'est pas de l'essence du mandat (2). Le Code civil autorise expressément les clauses contraires. D'autre part, quand l'intermédiaire fait son métier de l'accomplissement de ces actes d'entremise dans les ventes de fonds de commerce, il est sous-entendu qu'il a droit à une rémunération. On présume avec pertinence que les

(1) Lyon 14 juin 1945 M.J.L. 16 août 1946

(2) Douai 20 avr. 1891 D.P. 1892.2.51 ; Req. 1^{er} juill. 1936 D.H. 1936.428 ; Cohen n° 1645 ; J.C.C. fasc. XXXV n° 1.

parties sont convenues de faire exception au principe de la gratuité (1). L'intermédiaire dans les promesses de vente est donc presque toujours rémunéré, soit en vertu d'une manifestation expresse de volonté, soit en raison du caractère professionnel de son activité.

II — CONDITIONS D'OCTROI D'UNE REMUNERATION

Pour que l'intermédiaire puisse exercer son droit à rémunération, il faut que plusieurs conditions soient remplies : qu'un contrat d'entremise soit conclu, prouvé et exécuté.

A) — CONCLUSION D'UN CONTRAT D'ENTREMISE :

Le contrat d'entremise, dont la conclusion est indispensable pour l'octroi d'une rémunération, est, selon les circonstances propres à chaque espèce, un contrat de mandat ou, plus exactement, de courtage ou d'agence d'affaires et même parfois de louage d'industrie. « Un agent d'affaires ne saurait prétendre au versement d'une commission, dès lors qu'il ne justifie pas de l'existence d'un mandat donné par le vendeur pour la recherche d'un acquéreur » (2).

B) — PREUVE DU CONTRAT D'ENTREMISE :

Il ne suffit pas que le contrat d'entremise soit conclu. L'intermédiaire doit, d'autre part, être en mesure d'en prouver la formation. Cette preuve est facile par suite de la commercialité de la convention et peut être administrée, conformément aux prescriptions de l'article 109 du Code de commerce, par témoins et présomptions (3). Parfois, le client, en entrant en rapport avec une agence spécialisée, signe un bon de commission qui constitue la preuve concrète de l'accord intervenu entre les deux parties. Ce procédé est assez peu courant. Par contre, promettant et bénéficiaire déclarent presque toujours dans la promesse de vente qu'ils ont été rapprochés par l'intermédiaire, agent d'affaires ou courtier rédacteur d'actes.

C) — EXECUTION DU CONTRAT D'ENTREMISE :

Enfin, pour avoir droit à sa rémunération, l'intermédiaire est tenu d'exécuter le contrat d'entremise qui le lie à son client. Cette condition d'octroi diffère selon la qualification de la convention. L'ampleur des obligations varie, à notre avis, suivant qu'il s'agit d'un contrat de louage d'industrie, de courtage ou d'agence d'affaires.

(1) Caen 18 mars 1914 Rec. Cour de Caen 1914 p. 111 ; Poitiers 26 févr. 1923 D.P. 1923.5.5 ; Riom 6 nov. 1931 G.P. 1932.1.325

(2) Douai 15 déc. 1952 Act. jur. loy. 1953 p. 332 réf. 885 — comp. Civ. 14 janv. 1910 D.P. 1911.1.370, Paris 1 déc. 1910 D.P. 1911.5, Civ. 6 nov. 1956 G.P. numéro du 16.2.1957 p. 5, Ignace G.P. 2^e semestre Doct. 1952 p. 25, J.C.C. fasc. XXXV n° 3

(3) Req. 13 juin 1904 D.P. 1904.1.495, 13 mai 1919 et 4 nov. 1919 D.P. 1921.1.154, Riom 6 nov. 1931 D.P. 1932.1.325

a) — **Louage d'industrie :**

L'intermédiaire, loueur d'industrie, a rempli sa mission lorsqu'il a divulgué les annonces publicitaires, indiqué des fonds de commerce à vendre, rédigé les actes. Assez souvent d'ailleurs, le paiement du salaire est subordonné au succès de l'entreprise, et revêt ainsi un caractère aléatoire. L'indicateur n'est, dans ce cas, rémunéré que s'il fournit des renseignements décisifs qui amènent la conclusion de la vente de fonds de commerce (1). La jurisprudence (2) refuse couramment d'accorder une rémunération à l'indicateur. Selon nous, la situation de ce dernier doit être examinée à l'aide des circonstances propres à chaque affaire et le problème tranché après qualification du contrat. Si l'intermédiaire a effectivement été investi d'une mission d'indication, nous ne voyons pas pourquoi on le priverait de toute commission.

b) — **Courtage :**

Le contrat de louage d'industrie est assez rare. Les commerçants qui s'abouchent avec l'intermédiaire lui confèrent généralement une tâche plus étendue et le chargent de provoquer par son entremise la conclusion de la vente du fonds de commerce, de leur procurer une contrepartie. L'intermédiaire est alors un courtier qui aura achevé l'exécution de ses obligations contractuelles et aura par suite droit à une commission quand la cession du fonds sera réalisée. L'octroi de la rémunération est par conséquent soumis à un certain aléa, puisque subordonné à la réussite de l'affaire. Empruntant une terminologie chère à Demogue, on pourrait dire que l'intermédiaire est débiteur d'une obligation de résultat et non d'une obligation de moyens. Il ne lui suffit pas de faire diligence, de multiplier les démarches pour créer le climat favorable à la formation de la vente. Il doit effectivement obtenir l'accord des volontés de l'acquéreur et du vendeur (3). Dans de nombreuses décisions judiciaires (4), on lit cette formule : « Attendu que pour qu'un agent d'affaires ait droit à une commission, il faut qu'il ait effectivement réalisé la vente en procurant l'acheteur au vendeur, qu'il ait mis les parties en présence l'une de l'autre et qu'il ait obtenu de leurs mutuelles volontés l'accord nécessaire à la conclusion définitive de la vente ; attendu qu'il ne suffirait pas que cet agent d'affaires ait simplement ou indiqué l'adresse du fonds à

(1) Nancy 17 févr. 1914 D.P. 1916.2.197 — dans le même sens Trib. com. St-Etienne 12 juill. 1928 G.P. 1928.2.833, Pau 23 janv. 1952 G.P. 1952.1 sommaire p. 5

(2) Trib. com. Seine 14 déc. 1928 D.H. 1929.160, Trib. paix Dourgne 25 janv. 1932 J. juges de paix 1932 p. 223, Trib. com. Toulouse 27 mai 1935 G.P. 1935.2.234, Trib. com. Fécamp 25 août 1937 G.P. 1937.2.711, Trib. civ. Meaux 21 mai 1952 D. 1952.519 — en sens contraire cependant Aix-en-Provence 11 oct. 1955 D. 1955.670.

(3) Cohen n° 1646, Ignace G.P. 1952 2^e semestre Doct. p. 25, J.C.C. fasc. XXXV n° 3 et suivants

(4) Colmar 11 mars 1930 G.P. 1930.1.817, Trib. com. Le Havre 14 janv. 1931 Rec. Hav. 1931.1.90, 15 juin 1931 Rec. Hav. 1931.1.166, Trib. com. Toulouse 27 mai 1935 G.P. 1935.2.234, Trib. civ. Meaux 21 mai 1952 D. 1952.519 — dans le même sens Paris 25 avr. 1956 S. 1956.133 note A.D., Trib. civ. Saint-Nazaire 19 nov. 1956 G.P. numéro du 23.2.1957

vendre, ou même fait quelques démarches, mais il lui appartient de démontrer que c'est par sa présence réelle ou effective comme intermédiaire dans l'affaire, que celle-ci a été conclue et réalisée ».

c) — Agence d'affaires :

Dans certaines hypothèses, le mandat confié à l'intermédiaire est encore plus important qu'en matière de courtage et englobe non seulement la réalisation de la vente, mais aussi l'accomplissement des formalités postérieures de publicité, d'enregistrement, de réception des oppositions et de distribution du prix. Logiquement, la rémunération n'est due qu'après exécution intégrale de ces différentes obligations. Dans la pratique, l'intermédiaire ne se charge pas uniquement de la découverte et de la présentation d'un acquéreur, de la rédaction de la promesse de vente et des actes définitifs, il effectue aussi les formalités légales imposées à l'occasion de chaque cession de fonds de commerce. De cette conception du rôle de l'agent d'affaires on décèle quelques traces en jurisprudence. « La commission usuelle de 5 % est due par le vendeur d'un fonds de commerce à l'agent d'affaires qui a mené à bonne fin la conclusion de la vente, qui a procédé à la rédaction de l'acte définitif et à toutes les formalités légales », juge le tribunal de commerce du Havre (1) qui, quelques mois ensuite, décide « qu'une jurisprudence constante fixe la commission de l'intermédiaire à 5 %, à la condition qu'après avoir découvert l'amateur et l'avoir mis en présence du vendeur, il l'ait amené à traiter et qu'ensuite il ait rédigé des actes et rempli toutes les formalités légales et d'usage » (2).

Lorsque ces différentes conditions d'octroi de la rémunération sont réunies, l'intermédiaire a droit à un salaire.

III — FIXATION DE LA REMUNERATION

La fixation de cette rémunération est l'œuvre, soit des parties, soit des juridictions.

A) — FIXATION CONVENTIONNELLE :

Le commerçant désireux de céder son fonds de commerce qui entre en rapport avec un intermédiaire signe avec ce dernier un bon de commission. A défaut, il reconnaît dans la promesse de vente que la négociation est intervenue grâce à l'entremise de cet intermédiaire à qui il attribue un certain salaire. Ce sont là des procédés conventionnels de fixation de la rémunération. Cette dernière est, soit forfaitaire, soit proportionnelle au prix de vente du fonds de commerce. Le pourcentage est variable : assez souvent de 5 % (3), il atteint fréquemment 10 % et parfois même 15 % (4). La pratique des dissimulations de prix en

(1) Trib. com. Le Havre 31 août 1928 Rec. Hav. 1928.1.245

(2) Trib. com. Le Havre 17 déc. 1928 Rec. Hav. 1929.1.30

(3) Trib. com. Le Havre 12 avr. 1920 Rec. Hav. 1920.1.162

(4) Trib. com. St-Etienne 12 juill. 1928 G.P. 1928.2.833

vue de diminuer le coût des droits d'enregistrement suscite quelques difficultés, quand il s'agit de préciser la base de calcul du salaire proportionnel de l'intermédiaire. La Cour d'appel de Montpellier (1) répond à cette question dans un arrêt du 21 novembre 1950 : « La commission doit être calculée sur le prix porté à l'acte et il n'y a pas lieu de rechercher si un supplément de prix dissimulé pour des raisons fiscales avait été convenu entre les parties, cette circonstance ne pouvant produire aucun effet juridique qui puisse être invoqué en l'espèce ». Cette jurisprudence pertinente aura pour effet d'inciter les intermédiaires à adopter un mode forfaitaire de rémunération.

B) — FIXATION JUDICIAIRE :

Les tribunaux interviennent dans la fixation du salaire de l'intermédiaire en deux circonstances : en l'absence et en présence d'une rémunération conventionnelle. Dans la première hypothèse, ils suppléent au silence des parties, assez rare dans les ventes de fonds de commerce, dans la seconde, ils procèdent au contrôle de l'accord intervenu entre les contractants.

a) — En l'absence d'une rémunération conventionnelle :

La rémunération conventionnelle fait défaut dans le cas où aucun contrat d'entremise n'a été conclu entre le commerçant et l'intermédiaire qui a provoqué néanmoins la vente du fonds. Dans cette hypothèse, la jurisprudence fait parfois appel à la notion de gestion d'affaires et attribue un certain salaire à l'agent qui s'est entremis dans l'opération, lorsque celle-ci est ratifiée par le propriétaire de l'établissement et tourne à son avantage (2). Nous estimons cette solution raisonnable : la personne rend un service qui doit être récompensé. « Si aucun accord n'est intervenu entre les parties intéressées en ce qui concerne le montant de la commission due à l'intermédiaire, mandataire salarié, il appartient au juge de fixer la rémunération à laquelle celui-ci a droit » (3).

b) — En présence d'une rémunération conventionnelle :

Très souvent, les tribunaux réduisent une rémunération cependant fixée par la convention, en vertu d'un pouvoir de contrôle et de révision qu'ils s'octroient et dont nous devons déterminer les contours avant d'en apprécier la valeur.

1) — Principe jurisprudentiel de la révision :

Les juridictions procèdent avec juste raison à une diminution du salaire attribué à l'intermédiaire, quand ce dernier a commis une faute

(1) G.P. 1951 1^{er} sem. table p. 7 — comp. Req. 26 avr. 1926 S. 1927.1.17 ; Ignace G.P. 1952 1^{er} semestre doct. p. 25

(2) Req. 10 janv. 1910 D.P. 1911.1.370 ; Paris 1^{er} déc. 1910 D. 1911.5

(3) Montpellier 25 mars 1953 G.P. 1953.1.418 et S. 1954.2.14 — dans le même sens Paris 9 mars 1951 G.P. 1951.1.1.402 ; Ignace G.P. 1952 2^e semestre doct. p. 25 ; J.C.C. fasc. XXXV nos 82 à 84 .

dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Au lieu de condamner ce contractant fautif à une allocation de dommages-intérêts, elles amputent sa rétribution. La jurisprudence fait preuve d'une bien plus grande hardiesse, lorsqu'elle réduit une rémunération conventionnelle librement débattue entre les parties. Elle avance plusieurs arguments pour justifier sa position : inexpérience du client de l'agent d'affaires, ignorance des services qui seront rendus, absence de proportion entre la commission accordée et la mission accomplie. La Cour d'appel de Nancy (1) justifie le principe jurisprudentiel à l'aide de considérations pratiques : « Le droit de révision des honoraires des agents d'affaires reconnu aux tribunaux par la jurisprudence ne se justifie que par des considérations pratiques ; il est facile de concevoir, en effet, que les diverses juridictions et en particulier les tribunaux consulaires appelés à trancher les litiges nés de la vente des fonds de commerce par mandataires ont été amenés, pour empêcher des abus, protéger un vendeur, pressé peut-être par la nécessité, contre sa propre faiblesse, son inexpérience, ou son ignorance, à réviser et réduire le salaire stipulé par l'intermédiaire et à son profit ». La même juridiction (2) déclare, quelques années plus tard, « qu'une convention librement consentie entre parties maîtresses de leurs droits, alors qu'il n'apparaît pas que, pour un motif quelconque, l'un se trouve vis-à-vis de l'autre en état d'infériorité, doit recevoir son application sans que le juge ait à substituer sa volonté à celle des contractants ». Les tribunaux seraient donc autorisés à réviser les honoraires des intermédiaires en cas d'infériorité du client par rapport à l'agent d'affaires, en présence d'une sorte de vice de consentement atténué.

On invoque aussi, en faveur du pouvoir de contrôle judiciaire des rémunérations conventionnelles, que les contractants ignorent, au moment où ils fixent le salaire, l'importance des services que rendra l'intermédiaire. Cette ignorance justifierait la révision des rétributions arrêtées avant l'exécution du mandat. Par ce motif, les juridictions refusent de contrôler les émoluments octroyés après l'accomplissement de la mission. « La négociation du marché étant terminée, le mandant ayant fixé le taux du salaire en toute connaissance de cause après avoir pu apprécier lui-même les services, les soins, les démarches de l'intermédiaire et le résultat obtenu, cet engagement ne paraît point en principe pouvoir être modifié » (3). De même, la Cour d'appel de Paris (4) maintient les émoluments conventionnels parce que « c'est en pleine connaissance et en toute liberté que l'intimée, assistée de son mari, a apprécié l'importance des peines et soins apportés dans son intérêt, par l'agent T... et a fixé le montant de la rémunération qui lui était due ».

(1) Nancy 19 mars 1912 D.P. 1916.2.197 — comp. Rouen 26 oct. 1928 Rec. arr. C. Rouen et Caen 1928 p. 178

(2) Nancy 17 février 1914 D.P. 1916.2.197 — comp. Lyon 22 nov. 1951 M.J.L. 29 juill. 1952

(3) Montpellier 6 févr. 1893 D.P. 1894.2.212

(4) Paris, 13 déc. 1894 D.P. 1895.2.445

Le plus fréquemment, les tribunaux justifient le pouvoir qu'ils s'arrogent en la matière par l'idée d'équivalence à maintenir entre la commission accordée et les services rendus. « En réduisant, pour le proportionner à l'importance du service rendu, le salaire stipulé par G... comme rémunération du mandat que lui avait confié M... le tribunal de commerce, dont la décision est d'ailleurs suffisamment motivée, n'a fait qu'user du pouvoir de contrôle et de révision qui appartient aux tribunaux » (1). Plus récemment, le tribunal civil de Béziers (2) juge « que l'agent d'affaires est un mandataire salarié qui a droit à une rémunération, lorsqu'il s'est acquitté de son mandat, rémunération qui doit être... proportionnée aux services rendus, ce qui entraîne un pouvoir d'appréciation des tribunaux ».

2) — Critique :

Ces différentes raisons, exposées par les juridictions à l'appui de leur pouvoir de contrôle et de révision, nous semblent spécieuses. Les considérations pratiques, mises en avant par certaines décisions judiciaires, ne s'appuient sur aucun texte légal. En l'absence d'un vice du consentement caractérisé : dol, erreur ou violence, il est vain d'alléguer le prétendu état d'infériorité du client par rapport à l'agent d'affaires, pour justifier une diminution de la rémunération conventionnelle (3). Remarquons d'ailleurs qu'en matière de promesse de vente de fonds de commerce cet argument vaut encore moins qu'en d'autres domaines. Les commerçants sont des personnes avisées, capables de discuter sur un pied d'égalité avec leurs contractants. On ne peut davantage admettre que la commission ne pourrait être valablement déterminée qu'après exécution du mandat, de façon à établir une équivalence entre les services rendus et la rémunération octroyée. Un pareil raisonnement n'a jamais été soutenu à propos du contrat de travail et pourtant le salaire est fixé avant l'accomplissement de la besogne. En réalité, ce principe jurisprudentiel de la révision constitue une règle prétorienne que justifie souvent l'équité, mais que condamnent les dispositions légales. En l'absence d'un vice du consentement de droit commun, la convention légalement formée tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite et doit être appliquée : les juges ne peuvent modifier les clauses, sous peine de commettre une dénaturation. Ce pouvoir de contrôle va également à l'encontre des dispositions de l'article 1999 du Code civil, selon lesquelles le mandant doit payer au mandataire ses salaires lorsqu'il en a été promis et ne peut se dispenser de faire ce paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, s'il n'y a aucune faute imputable au mandataire.

(1) Req. 12 déc. 1911 D.P. 1913.1.129 note Feuilleley ; Montpellier 6 févr. 1893 D.P. 1894.2.212 ; Req. 28 mai 1913 D.P. 1916.1.271 ; Riom 3 mai 1920 D.P. 1920.2.112 ; Paris 19 janv. 1927 D.P. 1927.2.24 ; Amiens 15 mai 1929 D.H. 1929.451 ; Cass. 3 déc. 1929 G.P. 1930.1.30

(2) 30 juill. 1951 G.P. 1951.2.256 — comp. Montpellier 25 mars 1953 G.P. 1953.1.418 et S. 1954.2.14

(3) Dans le même sens J.C.C. fasc. XXXV n° 90

Les tribunaux révisent couramment la rémunération conventionnelle de l'intermédiaire qui ne parvient pas à réaliser la vente du fonds de commerce en raison de la caducité de la promesse. Cette solution est-elle pertinente ?

IV — OCTROI D'UNE REMUNERATION EN CAS DE CADUCITE DE LA PROMESSE

Le propriétaire d'un fonds de commerce désireux de vendre s'abouche avec un intermédiaire. Il le charge de lui trouver une contrepartie et d'amener par son travail la cession de l'établissement. L'agent d'affaires effectue des recherches, découvre un amateur intéressé et rédige une promesse de vente, unilatérale ou synallagmatique, avec clause de dédit. Dans l'acte, les contractants reconnaissent que « la convention est dressée grâce à l'entremise de M. Z..., dont la mission est terminée et qui a droit, dès ce jour, à sa commission entière et irréductible, à prélever soit sur les premiers fonds, soit sur le montant du dédit ». Puis l'affaire échoue, la vente n'est jamais exécutée, parce que l'une des parties se ravise ou que le bénéficiaire de la promesse unilatérale ne lève point l'option. L'intermédiaire est-il fondé à réclamer son salaire ? Certains le nient. Nous estimons, finalement, qu'ils ont tort.

A) — CONTRE L'OCTROI DE LA REMUNERATION :

On soutient parfois que l'intermédiaire n'est pas fondé à réclamer l'intégralité de sa rémunération dans l'hypothèse de caducité de la promesse de vente, parce que sa mission ne serait pas achevée et que ses prétentions seraient dépourvues de cause.

a) — Mission non achevée :

Quand un commerçant désireux de céder son établissement entre en rapport avec un agent spécialisé, il lui confie le mandat, non pas de rédiger une simple promesse de vente, mais de provoquer par son labeur la cession du fonds de commerce. Il en résulte que la mission de l'intermédiaire ne prend pas fin dès l'établissement de la promesse, le but prescrit n'est pas encore atteint. Cette remarque vaut, d'après certains, dans le cas où le contrat conclu revêt un caractère unilatéral et réserve au bénéficiaire une faculté d'option (1). Elle conserve également toute sa valeur, à leurs yeux, quand la convention est de nature synallagmatique, mais attribue à chaque partie la faculté de se dédire. Il s'agit alors d'une vente sous condition suspensive. Aussi longtemps que celle-ci n'est pas réalisée, le mandataire, affirme-t-on, n'a pas rempli son mandat. Il n'est donc pas fondé à réclamer sa rémunération (2), car, en vertu du caractère aléatoire du contrat d'entremise, il n'est récompensé que lorsqu'il réussit.

(1) Douai 25 juill. 1952 D. 1953.47

(2) Boutaud et Chabrol p. 256 n° 242 ; Cohen n° 1646 ; J.C.C. fasc. VII n° 145 et fasc. XXXV n° 21 ; Ripert note sous Trib. com. Seine 22 déc. 1949 D. 1950.308.

b) — Absence de cause :

Ce raisonnement conduit à formuler une autre objection à l'encontre de la validité de la clause de prélèvement de la rémunération sur le montant du dédit. En cas de non-réalisation de la promesse de vente, déclare M. le doyen Ripert (1), cette stipulation est nulle pour absence de cause, conformément aux dispositions de l'article 1131 du Code civil. Que la promesse devienne caduque par suite de non-levée d'option, ou qu'elle ne soit jamais exécutée en raison de la défaillance de la condition suspensive, le mandataire, soutient-on, n'honore pas son obligation. Il ne peut contraindre son contractant à lui verser une commission. Sa prétention, conclut-on, est sans fondement et la clause de prélèvement qu'il invoque est nulle pour défaut de cause. Il échoue, il ne peut être rémunéré (2).

Cette façon de penser a été consacrée à plusieurs reprises par la jurisprudence. « Il est de principe », juge le tribunal de commerce de Marseille (3), « que lorsqu'une vente est affectée d'une condition suspensive et que cette condition vient à défaillir, aucun courtage n'est dû, puisqu'alors il n'y a point de vente ». La même juridiction déclare « que le versement d'arrhes a pour effet d'ôter au compromis de vente son caractère définitif, celui-ci n'étant conféré que par la passation d'actes légaux, les arrhes devenant alors un simple acompte sur le prix de vente ; que conformément à l'article 1590 du Code civil, la dame S... s'est, de plein droit, départie de la promesse de vente en abandonnant les 15.000 francs versés par M... aux mains de L... (intermédiaire) ; qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas eu vente et que, dès lors, R... n'est pas fondé à retenir la somme de 15.000 francs à titre de courtage » (4).

B) — POUR L'OCTROI D'UNE RÉMUNÉRATION :

L'opinion que nous venons d'exposer nous paraît finalement devoir être écartée. En faveur de l'octroi d'une rémunération dans l'hypothèse de caducité de la promesse (5), il est possible d'invoquer le principe du respect des conventions, de déclarer que la consignation du dédit constitue un commencement d'exécution, d'affirmer, enfin, que les prétentions du mandataire sont fondées parce que l'établissement de la promesse constitue pour lui un juste titre à la commission.

a) — Principe du respect des conventions :

En vertu de l'article 1134 du Code civil, la clause de prélèvement de la rémunération sur le montant du dédit doit être appliquée. Elle

(1) Note sous Trib. com. Seine 22 déc. 1949 D. 1950.308.

(2) Boutaud et Chabrol p. 256 n° 242 ; Cohen n° 1646 ; J.C.C. fasc. VII n° 145 et fasc. XXXV n° 21 ; Ripert note sous Trib. com. Seine 22 déc. 1949 D. 1950.308. — En sens contraire Cendrier n° 903 ; Haas p. 133 ; Jauffret chr. R.D.C. 1953, p. 82 ; Vencent p. 72.

(3) 17 juin 1920 J. Marseille 1921.187. — rapp. Trib. com. Le Havre 24 janv. 1921 Rec. Hav. 1922.170.

(4) Trib. com. Marseille 18 févr. 1931 J. Marseille 1931.195. — dans le même sens 25 mai 1927 J. Marseille 1927.1375. — Trib. com. Rouen 19 déc. 1928, Rec. Hav. 1929.217. — Lyon 19 juin 1930 M.J.L. 26 juin 1931. — Colmar 4 déc. 1934, R.J.A.L. 1935.149.

(5) Ignace G.P. 1952 2^e semestre doct. p. 25.

fait la loi entre les parties et ne peut être reniée. Les contractants reconnaissent dans le contrat que l'intermédiaire a droit à sa commission entière et irréductible. Ils sont tenus de s'exécuter et d'honorer leur signature. La stipulation est sans doute très dure. Il leur appartenait de ne pas l'accepter.

b) — **Commencement d'exécution :**

D'autre part, certaines décisions judiciaires font valoir, à juste titre d'après nous, que la consignation du dédit entre les mains de l'intermédiaire vaut commencement d'exécution du paiement de la rémunération convenue. Or, selon la jurisprudence, ne peut être réduit un salaire qui est déjà en partie versé (1). « Attendu qu'en versant la somme de 200.000 francs (fraction du dédit fixé à 800.000 francs) entre les mains de V... et R... (intermédiaires), H... (bénéficiaire) a donné à la convention du 22 août 1949 un commencement d'exécution ; que, s'il est admis par la jurisprudence que les juges ont la faculté de réduire le montant du salaire convenu pour l'exécution du mandat, aucune réduction ne peut intervenir lorsque la commission convenue a été confirmée après l'exécution du mandat et qu'un acompte a été versé », ainsi juge la Cour d'appel de Besançon (2), qui exprime de la sorte l'argument fondé sur le commencement d'exécution.

c) — **Prétention fondée :**

Enfin, le mandataire qui entend encaisser l'intégralité de sa rémunération conformément aux stipulations insérées dans la convention d'entremise émet une prétention fondée. L'établissement de la promesse de vente marque l'aboutissement de démarches, de peines et soins, et constitue, par suite, un juste titre à la commission. Il est d'ailleurs souvent stipulé dans l'acte que la mission du mandataire est achevée dès la rédaction de la promesse. La Cour d'appel de Besançon (3) juge cette clause conforme à la réalité puisqu'elle déclare qu'« il apparaît que V... et R... ont correctement rempli leur mission et satisfait à leur obligation en mettant en relation l'acheteur et le vendeur et en obtenant la signature de la promesse synallagmatique assortie de la clause de dédit avantageuse pour les époux F... ».

Il ne nous semble pas exact de soutenir que la clause de prélèvement du salaire sur le montant du dédit soit dépourvue de cause. Celle-ci consiste dans le travail antérieur de l'intermédiaire. Il faut, d'autre part, remarquer que l'issue de l'opération : la réalisation de la vente, est indépendante de la volonté du mandataire, dont la commission ne peut, en conséquence, être soumise au bon plaisir des promettants et bénéficiaires. « La renonciation de ces derniers au droit d'exiger le versement du dédit ne saurait justifier leur prétention de

(1) Civ. 1^{er} mars 1932 G. P. 1932.1.780.

(2-3) 25 mars 1952 D. 1952. 607. — comp. Civ. 5 juill. 1934 Rec. Hav. 1935.

refuser au mandataire le salaire convenu ; en effet, cette renonciation qui constitue une véritable remise de dette à titre gratuit, est en tout cas inopposable aux intermédiaires qui ont correctement rempli leurs obligations de mandataire » (1). Il nous paraît que le revirement de l'une des parties à la promesse emporte révocation partielle du mandat conféré à l'agent d'affaires. L'échec de l'entreprise est provoqué, dans ce cas, par la conduite du promettant ou du bénéficiaire. On ne peut donc l'opposer au professionnel qui a correctement exécuté ses obligations.

La jurisprudence dominante (2), usant de son pouvoir de contrôle et de révision, accorde à l'intermédiaire une rémunération réduite dans l'hypothèse de caducité de la promesse. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 25 juillet 1952 est sur ce point caractéristique. Il refuse d'accorder à un intermédiaire qui a rédigé une promesse unilatérale demeurée lettre morte, le salaire fixé par le contrat pour les motifs suivants : « Attendu que l'acte rédigé le 9 novembre 1948 ne saurait constituer une vente ; que la cession d'un fonds de commerce exige un acte spécial qui entraîne l'accomplissement de plusieurs formalités et notamment la publicité prescrite par la loi, que cet acte n'a pas été rédigé, que le rôle de l'intermédiaire n'a pas été important... ; attendu que si le principe d'une rétribution au profit de D... doit être maintenu, la somme de 130.000 francs sollicitée par ce dernier est trop élevée pour le travail qu'il a fourni dans cette affaire... attendu que, compte tenu des éléments du dossier et des débats, la Cour estime devoir fixer la rémunération revenant à l'intermédiaire à 20.000 francs ». Cette pratique judiciaire de la réduction du salaire contractuel ne repose, à notre avis, sur aucune base juridique et traduit simplement la répugnance des tribunaux à se conformer à la lettre de la clause de prélèvement de la commission sur le montant du dédit.

SECTION III

Responsabilité

La rémunération de l'intermédiaire est également réduite, voire supprimée, quand le mandataire n'accomplit pas sa mission d'une façon satisfaisante et engage ainsi sa responsabilité. Nous n'avons pas la prétention d'effectuer ici une étude complète de la responsabilité de l'intermédiaire dans la vente de fonds de commerce qui nous conduirait en dehors des limites que nous nous sommes assignées. Nous nous contenterons d'examiner les sources de responsabilité qui se rattachent à notre sujet : présentation d'un acquéreur éventuel, et rédaction de la promesse de vente.

(1) Besançon 25 mars 1952 D. 1952.607. — comp. Rouen 28 avr. 1949 Rec. Hav. 1949.2.214. Civ. 8 janv. 1952 G. P. 1952 tab. 2^e semestre p. 10.

(2) Trib. com. Seine 19 mars 1890 J. trib. com. 1892.322, Lyon 22 mars 1926 M.J.L. 12 oct. 1926. Trib. paix Dougno 25 janv. 1932 J. juges de paix 1932. 223. Civ. 5 juill. 1934 Rec. Hav. 1935.2.13 Aix 10 mars 1938 Rép. Com. 1938.1.475, Lyon 14 juin 1945 M.J.L. 16 août 1946, Trib. com. Le Havre 18 nov. 1947 Rec. Hav. 1950.1.199, Douai 25 juill. 1952 D. 1953.47, Montpellier 25 mars 1953 G.P. 1953.1.418.

I — A L'OCCASION DE LA PRESENTATION D'UN ACQUEREUR EVENTUEL

L'intermédiaire est déclaré responsable, lorsqu'il présente un acquéreur éventuel insolvable, ou favorise par sa négligence la défaillance d'un amateur.

Le mandataire chargé de la vente d'un fonds de commerce découvre un bénéficiaire qui signe la promesse mais ne peut y donner suite en raison de son insolvabilité. La responsabilité contractuelle du courtier est engagée : il n'est pas garant de la solvabilité de l'amateur, mais doit se renseigner sur la situation financière de son client et en avertir le promettant. La jurisprudence statue en ce sens. « L'intermédiaire qui propose à son client un acheteur dont il connaît l'insolvabilité commet une faute engageant sa responsabilité » (1). « En déclarant à T... comme acheteur une personne n'ayant pas d'existence commerciale et d'insolvabilité notoire, ce qu'il avait le devoir de contrôler avant de le donner comme acheteur, B... a commis une faute personnelle, dont il doit réparation » (2). Plus récemment, la Cour d'appel de Montpellier (3) juge que « l'agent d'affaires n'est pas tenu de garantir la solvabilité de l'acquéreur et qu'il ne commet une faute que s'il présente un acquéreur manifestement insolvable ».

Le mandataire est de même responsable dans le cas où sa négligence favorise la rétractation de l'acquéreur éventuel. Un amateur promet verbalement d'effectuer l'acquisition de l'établissement que lui fait visiter l'intermédiaire, mais il ne signe aucune promesse de vente. Par la suite, il change d'avis et, faute de preuve écrite, la vente échoue. Le courtier négligent est responsable de la défaillance de l'amateur et doit réparer le préjudice qu'il cause au propriétaire du fonds. Il est bien évident, par contre, que l'intermédiaire n'encourt aucune sanction lorsque le titulaire d'un droit d'option n'en fait point usage ou bien quand l'une des parties use de la faculté de dédit.

II — A L'OCCASION DE LA REDACTION DE LA PROMESSE DE VENTE

L'intermédiaire qui omet de rédiger une promesse de vente est donc l'objet d'une sanction. Il engage aussi sa responsabilité s'il dresse un acte dont la nullité est, par la suite, prononcée par les tribunaux. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'il néglige d'insérer les mentions obligatoires dans la convention. Il doit réparer le préjudice qu'il cause tant au promettant qu'au bénéficiaire.

A) — PROMETTANT ET RESPONSABILITE DE L'INTERMEDIAIRE :

Quelle que soit sa qualité juridique, le mandataire est tenu d'établir une promesse valable, pourvue de toutes les énonciations

(1) Trib. com. Le Havre 19 juin 1935 R.F.C. 1935.540.

(2) Trib. com. Oran 12 avr. 1926 R. dr. fr. 1926.84.

(3) 25 mars 1953 G.P. 1953.1.418 et S. 1954.2.14. — dans le même sens Poitiers 19 mars 1863 D.P. 1863.2.214, Orléans 21 janv. 1873 S. 1873.2.147, Montpellier 6 févr. 1893 D.P. 1894.2.212, Civ. 21 déc. 1954 Rec. Hav. 1954.2.12, Rouen 15 juin 1956 S. 1956.136, Paris 10 nov. 1956 S. 1957.60.

prescrites par la loi du 29 juin 1935. Il se rend coupable d'une faute contractuelle en ne se conformant pas à ce texte et la sanction à laquelle il s'expose consiste le plus fréquemment dans la privation de salaire (1). La jurisprudence statue communément dans ce sens et n'accorde aucune rémunération à l'intermédiaire rédacteur d'un contrat annulé. Dès le 18 décembre 1935, le tribunal de commerce de Marseille (2) juge « que c'est à juste titre que les dispositions de la loi du 29 juin 1935 ont été invoquées, que la vente étant nulle il s'ensuit de là... que l'intermédiaire à qui incombe cette nullité en tant que rédacteur du compromis ne saurait prétendre à un courtage quelconque ». Cette opinion est également soutenue par la Cour d'appel de Paris (3) : « Considérant que, dans ses dernières conclusions, M... (promettant) demande à la Cour de dire qu'au cas où la nullité des conventions intervenues serait prononcée, que la société M... (intermédiaire) n'aurait droit à aucune rémunération à raison de son intervention dans la négociation de la cession ; considérant qu'il échet de faire droit à cette demande ; considérant, en effet, qu'il résulte des faits de la cause que ce sont les représentants de la société M... qui ont rédigé les lettres des 27 et 29 octobre 1949 formant contrat ; que notamment dans la lettre contenant promesse d'achat P... (bénéficiaire) n'a fait qu'apposer sa signature avec la mention « lu et approuvé » ; que la société M... doit être tenue pour responsable de la caducité de l'acte ; qu'elle ne peut en conséquence avoir droit à une commission, cette privation de commission constituant la juste réparation du préjudice causé par elle à M... ».

B) — BÉNÉFICIAIRE ET RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE :

Selon nous, il existe également un lien contractuel entre bénéficiaire et intermédiaire, ne serait-ce qu'un contrat de louage d'industrie, qui oblige le second à éclairer le consentement du premier en énonçant dans les promesses de vente les mentions prévues par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935. Si la négligence du rédacteur cause un préjudice à l'acquéreur éventuel, ce dernier est en droit d'en demander réparation, par exemple d'exiger les intérêts légaux de la somme inutilement consignée entre les mains de l'agent d'affaires à titre de dédit. La jurisprudence refuse, par contre, de tenir l'intermédiaire responsable du défaut de visa des livres comptables prescrit par l'article 15 de la loi précitée (4). L'intermédiaire engage pareillement sa responsabilité dans le cas où il ne procède pas à la publicité et à l'enregistrement des promesses de vente assujetties à ces formalités.

(1) Ignace G.P. 1952 2^e semestre doct. p. 25; J.C.C. fasc XXXIV n^o 60 et suiv. — Vencent p. 73.

(2) J. Marseille 1936.2.263. — dans le même sens Trib. com. Havre 1^{er} déc. 1930 Rec. Hav. 1931.142 ; Paris 30 juin 1931 G.P. 1931.2.471 ; Trib. com. Lyon 9 févr. 1937 G.J.C.L. 1937.134 ; Paris 17 mars 1939 R.F.C. 1939.225.

(3) 20 mai 1952 G.P. 1952.2.157.

(4) Paris 12 oct. 1944 G.P. 1944.2.111.

CHAPITRE XV

PUBLICITÉ ET ENREGISTREMENT

L'assujettissement des promesses de vente de fonds de commerce à la formalité de publicité dépend de la nature juridique de ces conventions. Leur enregistrement résulte en plus de la personnalité du rédacteur des actes.

SECTION I

Publicité des promesses de vente de fonds de commerce

L'article 3 de la loi du 17 mars 1909, modifié par la loi du 11 mars 1949, édicte que « ...toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous forme d'un autre contrat... sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où le fonds est exploité, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement... ». Ce texte nous incite à étudier séparément le cas des promesses unilatérales de vente et celui des promesses synallagmatiques.

Les promesses unilatérales de vente de fonds de commerce ne doivent pas être publiées (1), car elles ne constatent aucune cession de fonds de commerce et ne peuvent être considérées comme des ventes sous condition. Seul, l'acte définitif faisant état du consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix sera soumis à la formalité de la publicité.

La solution est différente, lorsque les promesses de vente de fonds de commerce revêtent un caractère synallagmatique. Dans ce cas, les conventions doivent être publiées, qu'elles soient pures et simples (2) ou conditionnelles (3) en raison de la stipulation d'une clause de dédit, de paiement du prix ou de rédaction de l'acte de vente par exemple. L'article 3 de la loi du 17 mars 1909 modifié assujettit, en effet, à la formalité de publicité les ventes sous condition. Dans la pratique, cette obligation n'est pas respectée : la promesse demeure secrète, seul le contrat définitif de cession est publié (4).

(1) Dans le même sens, Cendrier n° 153; Cohen R.F.C. 1939.201; Précigout J.C.P. éd. not. 1955.1.1243 n° 70.

(2) J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P 1 n° 6 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 note 2 n° 7.

(3) Cohen R.F.C. 1939.201 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. P 1 n° 41 ; Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 note 36 n° 3.

(4) Comp. Req. 25 juin 1934 R.F.C. 1938.37 note F. Montier.

SECTION II

Enregistrement des promesses de vente de fonds de commerce

De même qu'elles ne doivent pas toutes être publiées, les promesses de vente de fonds de commerce ne sont pas toutes soumises à l'obligation de l'enregistrement. Quand elles le sont, elles ne sont pas toujours taxées de la même manière, enregistrées au même endroit et pendant le même délai. Par contre, le défaut d'accomplissement de la formalité expose ses auteurs à des sanctions identiques.

I — PROMESSES SOUMISES A ENREGISTREMENT

Certaines promesses de vente sont obligatoirement assujetties à l'enregistrement, soit en raison de la personnalité de leur rédacteur, soit en raison de leur nature juridique. D'autres peuvent être présentées à la formalité en raison de la volonté des parties.

L'article 646 du Code général des impôts soumet à l'enregistrement les « promesses de vente et d'une manière générale tous actes se rattachant à la profession d'intermédiaire pour l'achat et la vente de fonds de commerce », ainsi que les actes des notaires. Conformément à cette disposition, toutes les promesses de vente de fonds de commerce rédigées par des mandataires professionnels ou par le ministère d'un notaire doivent être enregistrées, quelle que soit leur nature juridique (1).

Supposons que l'acte soit dressé par les parties ou par un intermédiaire occasionnel. C'est dans ce cas la nature juridique de la convention qui engendre l'obligation d'enregistrer. L'article 646 II-3° soumet à la formalité les actes portant transmission de propriété ou d'usufruit de fonds de commerce. Il en résulte que seules les promesses synallagmatiques, pures et simples ou conditionnelles, doivent être présentées à l'administration compétente, parce que seules elles constatent une mutation, immédiate ou sous condition (2).

Les promesses de vente de fonds de commerce qui ne sont, ni dressées par un intermédiaire professionnel ou un notaire, ni de nature synallagmatique, ne sont pas assujetties à l'enregistrement. Mais les parties peuvent toujours faire enregistrer leur convention, par exemple des promesses unilatérales (3). Elles font alors usage d'une faculté à elles conférée, mais ne s'acquittent pas d'une obligation légale.

(1) J.C.C. fasc. XXXIV n° 35.

(2) J.B. Rép. com. 1939.1.185 n° 2 ; J.C.N. 2^e partie formulaire v° f. de c. fasc. Pl n° 29 et 41-2° ; Précigout J.C.P. éd. not. 1953.1.1135 n° 3-8° et n° 36-2°.

((3) Dict. enreg. n° 4.506.

II — DROITS D'ENREGISTREMENT

Les droits d'enregistrement perçus à l'occasion des mutations effectuées à titre onéreux sont de deux sortes : droit proportionnel, droit fixe. Les promesses de vente de fonds de commerce présentées à la formalité supportent, tantôt l'un, tantôt l'autre de ces droits, suivant leur nature juridique.

Le droit proportionnel de mutation frappe, en particulier, les transmissions de propriété de fonds de commerce. Il sera donc applicable aux promesses synallagmatiques pures et simples (1), qui équivalent à des cessions. Les éléments incorporels et le matériel sont grevés d'un droit de mutation de 10,80 %, d'une taxe départementale de 3 % et d'une taxe municipale de 1,50 %, enfin, le cas échéant, de la taxe de première mutation de 4,80 %. Les marchandises neuves, détaillées sur un état estimatif, sont assujetties à un droit de mutation de 2,80 % ; à une taxe départementale de 1 % et à une taxe municipale de 0,50 %. Les droits d'enregistrement acquittés à l'occasion d'une promesse synallagmatique de vente d'un fonds de commerce au prix de trois millions, dont 500.000 francs pour les marchandises en magasin, se décomposeront par conséquent de la façon suivante :

Eléments incorporels et matériel

	$2.500.000 \times 10,80$	
Droit proportionnel de mutation :	$\frac{100}{2.500.000 \times 3}$	= 270.000
	$\frac{100}{2.500.000 \times 1,5}$	
Taxe départementale	$\frac{100}{2.500.000 \times 1,5}$	= 75.000
	$\frac{100}{2.500.000 \times 1,5}$	
Taxe municipale	$\frac{100}{2.500.000 \times 1,5}$	= 37.500

Marchandises neuves

	$500.000 \times 2,80$	
Droit proportionnel de mutation :	$\frac{100}{500.000 \times 1}$	= 14.000
	$\frac{100}{500.000 \times 1}$	
Taxe départementale	$\frac{100}{500.000 \times 0,5}$	= 5.000
	$\frac{100}{500.000 \times 0,5}$	
Taxe municipale	$\frac{100}{500.000 \times 0,5}$	= 2.500

Total 404.000

D'autre part, le droit fixe d'un montant de 820 francs frappe les promesses de vente qui ne constatent aucune mutation, donc les pro-

(1) Dict. enreg. n° 4513. — en sens contraire Boyer Rev. trim. 1949 p. 1 et suiv.

messes unilatérales de vente (1). Il est également perceptible à l'occasion de l'enregistrement des promesses synallagmatiques sous condition suspensive (2), conformément à l'article 637 du Code général des impôts: « En ce qui concerne les mutations et conventions affectées d'une condition suspensive, les tarifs applicables et les valeurs imposables sont déterminés en se plaçant à la date de réalisation de la condition ». Selon nous, les promesses synallagmatiques avec stipulation d'une clause de dédit devraient donner lieu uniquement à la perception du droit fixe, car elles équivalent le plus souvent à des conventions sous condition suspensive. Cette opinion n'est pas toujours adoptée (3).

Les conséquences fiscales d'une cession de promesse unilatérale de vente de fonds de commerce sont discutées en doctrine. Le rédacteur du Dictionnaire de l'enregistrement considère que cette opération doit être assujettie au droit de vente de meubles (4). Ce point de vue est soutenu aussi par Ravoire (5). Une pareille thèse, qui a été repoussée par la Cour de cassation (6), nous semble très contestable, car elle repose sur une analyse erronée. Comme nous l'avons montré plus haut (7), la cession d'une promesse unilatérale de vente constitue une cession de créance, et non une vente de droit mobilier. Il en résulte, selon nous, que cette cession est passible du droit proportionnel de 1.40 % frappant les transports de créance, en vertu de l'article 729 du Code général des impôts.

III — LIEU D'ENREGISTREMENT

Les promesses de vente de fonds de commerce, établies par acte notarié, doivent être enregistrées au bureau dans l'arrondissement duquel réside le notaire. Toutes autres promesses soumises obligatoirement à la formalité doivent être présentées au bureau de la situation du fonds. Il en est ainsi de toutes les promesses rédigées par des intermédiaires professionnels et des conventions synallagmatiques dressées par toute autre personne. Pour les contrats enregistrés de par la seule volonté des parties, le bureau compétent est celui du domicile de l'un des contractants : promettant ou bénéficiaire. Ces règles sont précisées par les articles 659 et 661 du Code général des impôts.

IV — DELAI D'ENREGISTREMENT

Doivent être enregistrées dans un délai de dix jours toutes promesses rédigées par intermédiaire professionnel (8) : dans un délai d'un

(1) Archevêque : le droit et les affaires n° du 17 mars 1937, Chauveau René R.N.B. 1952.257 et suivantes, Cohen R.F.C. 1939.201 n° 18, Dict. enreg. n° 4506.

(2) Archevêque n° du 17 mars 1937, Chauveau René R.N.B. 1952.257 et suivantes, Cohen R.F.C. 1939.201 n° 18, Précigout J.C.F. éd. not. 1953.1.1135 n° 36-2°.

(3) Dict. enreg. n° 4508 et 4513, J.B. Rép. Commaille 1939.1.185 n° 8, Ravoire p. 39, Redouin p. 204. — rapp. Cendrier p. 518 nos 719 et 720.

(4) Dict. enreg. n° 4511.

(5) Ravoire p. 120. — en sens contraire Foissin p. 113

(6) Civ. 13 janv. 1869 D.P. 1869.1.295.

(7) Voir pages 221 à 223.

(8) J.C.C. fasc. XXXIV n° 35

mois, toutes promesses assujetties en raison de leur nature juridique ou dressées en la forme authentique. Les conventions soumises à la formalité de par la volonté des parties peuvent être présentées à n'importe quelle époque, conformément aux dispositions de l'article 646 du Code général des impôts.

V -- SANCTION

Le défaut d'enregistrement dans les délais légaux expose les auteurs à une sanction fiscale. Celle-ci consiste dans le paiement d'un droit en sus égal au montant des droits exigibles, qui ne peut être inférieur à 500 francs. L'administration réclame indifféremment au promettant ou au bénéficiaire, solidairement responsables devant elle, le règlement de cette pénalité, dont la charge incombe définitivement, en principe, à l'acquéreur du fonds de commerce. Le défaut de présentation de l'acte à la formalité n'affecte pas la validité de la promesse (1).

(1) Civ. 9 déc. 1930 D.P. 1931.1.118 ; Trib. com. Lyon 12 déc. 1941 G.J.C.L. 1942.57

CONCLUSION GÉNÉRALE

LE CONTENTIEUX DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE SES CAUSES ET SES REMÈDES

Très fréquents sont les procès que suscitent les promesses de vente de fonds de commerce. Il nous semble bon, dans cette conclusion générale, de rechercher les causes de ce contentieux et de suggérer quelques remèdes.

Les parties à une promesse de vente de fonds de commerce : promettants et bénéficiaires, et ceux qui les mettent en rapport : les intermédiaires, introduisent souvent des actions en justice en raison des intérêts en litige. Le dédit représente couramment 20 à 25 % du prix de vente du fonds. Le contractant défaillant, menacé de perdre 500.000 francs, voire un million et même parfois davantage, n'hésite pas à porter sa cause devant les tribunaux, s'il existe quelque argument de plaidoirie en sa faveur. Cette raison, nous la décelons également au sujet de la commission à payer au mandataire. Si, par hasard, la promesse de vente n'est pas exécutée et que l'intermédiaire réclame néanmoins sa rémunération, le débiteur de ce salaire agit en justice avant de s'acquitter de sa dette. Donc, promettant, bénéficiaire et agent d'affaires plaident avec l'espérance d'éviter la perte ou d'obtenir le gain d'un capital considérable, mais aussi par suite de certains motifs de droit.

Quatre causes essentielles d'ordre juridique sont, à notre avis, à l'origine de l'abondante jurisprudence rendue en matière de promesses de vente de fonds de commerce. Il s'agit de la forme verbale que revêtent parfois ces conventions, de l'absence des mentions prescrites par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, de la stipulation d'une clause de « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale et, enfin, de l'insertion d'une clause de prélèvement du salaire de l'intermédiaire sur le montant du dédit.

Les promesses de vente de fonds de commerce sont parfois conclues verbalement. C'est une source de contestations. La preuve de la formation du contrat est délicate à administrer ; l'objet de la convention n'est pas toujours précisé avec suffisamment de netteté. Les mesures de protection prises par le législateur dans la loi précitée sont tenues en échec et on discute du point de savoir si elles sont applicables aux promesses verbales, de la sorte fertiles en procès. L'absence des

mentions prescrites par l'article 12, qui explique donc dans une certaine mesure le contentieux des promesses verbales, provoque aussi de nombreux litiges à l'occasion de promesses écrites.

On sait que doivent être insérés dans les conventions certains renseignements relatifs à l'origine de propriété, à l'état des privilèges et nantissements, au chiffre d'affaires, aux bénéfices commerciaux, enfin au droit au bail.

Couramment, les énonciations concernant le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux, c'est-à-dire les plus importantes, ne figurent pas dans le contrat. Coutume professionnelle et négligence expliquent cette violation des prescriptions légales. Les livres de comptabilité ne sont pas détenus par le promettant, mais en la possession de son comptable. Le rédacteur de la promesse, dès qu'il obtient l'accord réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix, ou plus simplement dès qu'il crée le climat psychologique nécessaire à la conclusion d'une convention unilatérale ou synallagmatique, établit l'acte et le fait parapher par les personnes intéressées. Les mentions comptables font évidemment défaut, puisque les documents indispensables pour leur reproduction ne se trouvent pas au domicile du commerçant vendeur. L'intermédiaire rédige ainsi un contrat incomplet susceptible d'être annulé. Il préfère courir le risque d'une sanction pécuniaire plutôt que de perdre une commission par suite d'un revirement des parties. Cette pratique, psychologiquement explicable, est dangereuse sur le plan du droit. Le bénéficiaire, à condition d'agir vite et de prévenir une régularisation ultérieure effectuée dans le secret du cabinet, peut se rendre chez le mandataire et faire constater par huissier le manque de certains renseignements obligatoires. Belle matière à procès.

De multiples litiges sont de même provoqués par la stipulation d'une clause de « dédit » à la charge du titulaire d'un droit d'option. Ce dernier ne s'est pas engagé à acheter, il n'accepte pas de verser une indemnité pour n'avoir pas acquis.

Enfin, la clause de prélèvement de la rémunération de l'intermédiaire sur le montant du dédit est aussi litigieuse. Le commerçant refuse de payer son mandataire dans le cas où la cession du fonds de commerce ne se produit pas.

Telles sont, à notre avis, les quatre causes du contentieux des promesses de vente de fonds de commerce, qu'une réforme législative et un plus grand respect des textes en vigueur pourraient sensiblement réduire.

Les différends concernant les promesses verbales n'encombreraient plus les rôles des tribunaux et cours si l'on suivait sur ce point l'avis de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés (1) qui, dans son avant-projet, ordonne la rédaction d'un acte

(1) T. III p. 429 et t. IV p. 409 à 411

écrit, sous peine de nullité absolue, en matière de vente et promesse de vente de fonds de commerce. En prescrivant le recours à la forme écrite, on tarirait du même coup la source des contestations soulevées par les promesses verbales.

De même, les recueils de jurisprudence contiendraient beaucoup moins de jugements et arrêts statuant sur des promesses de vente dépourvues des mentions obligatoires si les intermédiaires se conformaient à l'article 12 précité et prenaient soin d'énoncer, le jour même de la conclusion du contrat et en présence des parties, les renseignements prescrits. Le bénéficiaire ne pourrait plus requérir la nullité de la convention pour échapper au versement de l'indemnité compensatrice, mais il devrait, soit prendre possession du fonds, soit abandonner le dédit. Il n'aurait plus intérêt à introduire une action devant les tribunaux.

D'autre part, la clause de « dédit » à la charge du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de fonds de commerce serait moins contestée, selon nous, si une réforme législative judicieuse fixait la limite maximum du prix de la promesse en fonction des résultats de l'entreprise à céder et de la longueur du délai de réflexion octroyé au titulaire de l'option. Celui-ci serait ainsi à l'abri d'une lésion contraire à la morale et à l'équité.

Enfin, la clause de prélèvement de la rémunération de l'intermédiaire sur le montant du dédit provoquerait moins souvent l'intervention du juge, si les mandataires étaient plus raisonnables et se contentaient d'un salaire modique dans l'hypothèse de caducité de la promesse. Il appartient aux commerçants de modérer les prétentions des agents d'affaires et d'exiger en particulier une modification de la clause de prélèvement. S'ils obtenaient satisfaction, ils seraient moins tentés d'introduire une action en justice en cas de non-réalisation de la vente.

Puissent ces remèdes que nous suggérons en toute humilité restreindre le contentieux des promesses de vente de fonds de commerce.

FORMULAIRE

FORMULE I

Promesse unilatérale de vente sans contrepartie

Les soussignés :

M. X... né le ... à ... département de ... demeurant à ... rue ..
n° ... d'une part ;

M. Y... né le ... à ... département de ... demeurant à ... rue .
n° ... d'autre part :

sont convenus de ce qui suit :

M. X... promet de vendre à M. Y..., qui se réserve la faculté de l'acquérir jusqu'au ... le fonds de commerce de ... qu'il possède et exploite à ... rue ... n° ... connu sous l'enseigne de ...

Le dit fonds de commerce comprenant :

- 1) — le nom commercial et l'enseigne,
- 2) — le droit au bail des locaux affectés à l'exploitation du fonds et ce, en vertu d'un contrat de louage conclu entre M. Z... propriétaire de l'immeuble demeurant à... rue... n°... et M. X... le ... établi par les soins de ..., d'une durée de ... à compter du ... et pour un loyer annuel de ...
- 3) — le matériel et l'outillage, décrits sur un état annexé au présent acte,
- 4) — l'agencement,
- 5) — les marchandises en magasin au jour de la prise de possession,
- 6) — le cas échéant, la licence (dans les débits de boissons), les brevets, marques de fabrique, dessins et modèles, droits de propriété littéraire ou artistique.

Si la vente se réalise :

Elle aura lieu moyennant un prix de ... pour les éléments incorporels et de ... pour les marchandises et le matériel.

Le prix ci-dessus arrêté sera réglé de la façon suivante :
n... francs le jour de l'entrée en possession fixé au ...

Le solde au moyen de ... billets de fonds d'un montant de ... comprenant ... en capital et ... en intérêts fixés à ... % payables de ... mois en ... mois, la première échéance étant fixée au ... :

M. Y... pourra se libérer par anticipation, sans avoir dans ce cas à verser les intérêts non échus.

Les marchandises seront reprises à prix de facture ou à défaut de facture à dire d'experts, choisis par les parties ou à défaut par le président du tribunal de commerce ; le privilège du vendeur et l'action résolutoire seront réservés à M. X...

M. X... ne pourra exploiter ni par lui-même ni par gérant ou préposé, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un fonds de commerce de ... pendant ... années à dater de la réalisation de la présente promesse et dans un rayon de ... mètres, calculé à vol d'oiseau à partir du fonds, objet du présent acte ;

Les actes définitifs seront établis par M. I... demeurant à ... rue... n°..., rédacteur de cette promesse, qui procédera aux formalités d'usage, publicité et enregistrement, recevra les oppositions, répartira les fonds à lui remis par M. Y...

Les frais, honoraires et droits d'enregistrement de cette promesse unilatérale et des actes définitifs seront supportés par l'acquéreur.

M. X... et M. Y... reconnaissent que cette promesse est dressée par M. I... qui les a mis en rapport et les a amenés à conclure ce contrat. M. X... s'engage à verser la somme de ... à titre de commission forfaitaire et irréductible à M. I... pour le cas où se réaliserait la cession du fonds de commerce ci-dessus décrit.

M. X... se réserve le droit de se départir de sa promesse de vendre, par lui consentie à M. Y... aussi longtemps que celui-ci ne manifestera pas l'intention d'acquérir le fonds, objet du présent acte (ou, au plus tard, dix jours après la manifestation par M. Y... de son intention d'acquérir le fonds, objet du présent acte).

Si M. X... fait usage de son droit de repentir, il versera à M. Y..., à titre de dédit forfaitaire et irréductible, la somme de...

Conformément à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, M. X... fait les déclarations suivantes :

- 1° — M. X... a acheté le dit fonds de commerce à M. T... sous seing privé (ou authentique dressé par les soins de M^r ... notaire à ...) en date du ... enregistré le ... à ... folio ... case ... pour un prix global de ... se décomposant comme suit : ... pour les éléments incorporels, ... pour les marchandises, ... pour le matériel,
- 2° — M. X... déclare que le fonds est grevé des inscriptions suivantes : ...
- 3° — le chiffre d'affaires s'est élevé
à ... du ... au ...
à ... du ... au ...
à ... du ... au... jour du présent acte
- 4° — les bénéfices commerciaux ont été d'un montant
de ... au cours de l'année ...
de ... au cours de l'année ...
de ... au cours de l'année ...

Fait à le ... en ... exemplaires.

Signature de M. X....

Signature de M. Y...

FORMULE II

Promesse unilatérale de vente avec contrepartie

Il suffit d'insérer dans la formule I la clause suivante :

La faculté d'acquérir le fonds de commerce sus décrit est consentie à M. Y... par M. X... moyennant le prix de ... qui est versé ce jour par M. Y... entre les mains de M. X... (ou de M. I., intermédiaire) qui le reconnaît et en délivre quittance. Ce prix de la promesse sera définitivement acquis au promettant dans le cas où M. Y... ne manifesterait pas l'intention d'acquérir le fonds dans le délai ci-dessus précisé, et s'imputera sur le prix de vente du fonds de commerce jusqu'à due concurrence en cas de levée d'option par M. Y...

FORMULE III

Promesse synallagmatique de vente avec dédit

Les soussignés :

M. X... né le ... à ... département de ... et demeurant à ... rue ... n° ... département de... d'une part ;

M. Y... né le ... à ... département de ... et demeurant à ... rue ... n° ... département de ... d'autre part ;

sont convenus de ce qui suit :

M. X... promet de vendre à M. Y... qui promet de l'acquérir, le fonds de commerce de ... qu'il possède et exploite à ... rue ... n° ... sous l'enseigne de ...

Ledit fonds de commerce comprenant :

- 1) — le nom commercial et l'enseigne,
- 2) — le droit au bail des locaux affectés à l'exploitation du fonds, et ce en vertu d'un contrat de louage conclu entre M. Z... propriétaire de l'immeuble, demeurant à ... rue ... n° ... et M. X... le ... établi par les soins de ... d'une durée de ... à compter du ... et pour un loyer annuel de ...,
- 3) — le matériel et l'outillage, décrits sur un état annexé au présent acte ;
- 4) — l'agencement,
- 5) — les marchandises en magasin au jour de la prise de possession,
- 6) — le cas échéant, la licence (dans les débits de boissons), les brevets, marques de fabrique, dessins et modèles, droits de propriété littéraire et artistique.

Chacune des parties se réserve la faculté de se départir jusqu'au ... date fixée pour la prise de possession, la dite promesse étant de la sorte

affectée, en vertu de la volonté expresse des contractants, de la condition suspensive qu'aucune des parties susnommées n'use de la faculté de repentir, à elles consentie par la présente clause.

Si M. Y... (bénéficiaire) se dédit, il devra verser à M. X... la somme de ... à titre de dédit forfaitaire et irréductible, la dite somme devant être consignée au plus tard le ... entre les mains de M. I... intermédiaire, rédacteur de la promesse. Si la vente se réalise, la dite somme s'imputera sur le prix de vente du fonds de commerce jusqu'à due concurrence.

Si M. X... (promettant) use de la faculté de dédit à lui conférée, il devra verser à M. Y... la somme de ..., à titre de dédit forfaitaire et irréductible.

Si la vente, subordonnée à la condition suspensive ci-dessus précisée, se réalise,

elle entraînera transfert de propriété au profit de M. Y... sans effet rétroactif, au jour fixé pour la prise de possession, soit le ... ;

elle aura lieu moyennant un prix de ... pour les éléments incorporels et de ... pour les marchandises et le matériel ;

le prix ci-dessus arrêté sera réglé de la façon suivante :

n... francs le jour de l'entrée en possession, fixé au ... le solde au moyen de ... billets de fonds d'un montant de ... comprenant ... en capital et de ... en intérêts fixés à ... % payables de ... mois en ... mois, la première échéance étant fixée au ...

M. Y... pourra se libérer par anticipation, sans avoir dans ce cas à verser les intérêts non échus ;

les marchandises seront reprises à prix de facture ou, à défaut de facture, à dire d'expert, choisi par les parties ou à défaut par le président du tribunal de commerce ;

le privilège et l'action résolutoire seront réservés à M. X...

M. X... ne pourra exploiter ni par lui-même ni par gérant ou préposé, pour son compte ou pour le compte d'autrui, un fonds de commerce de ... pendant ... années à dater de la réalisation de la présente promesse et dans un rayon de ... mètres, calculé à vol d'oiseau à partir du fonds, objet du présent acte ;

les actes définitifs seront établis par M. I..., demeurant à ... rue ... n° ... rédacteur de cette promesse, qui procédera aux formalités d'usage, publicité et enregistrement, recevra les oppositions, répartira les fonds, à lui remis par M. Y... ;

les frais, honoraires et droits d'enregistrement de cette promesse synallagmatique et des actes définitifs seront supportés par l'acquéreur.

M. X... et M. Y... reconnaissent que cette promesse est dressée par M. I... qui les a mis en rapport et les a amenés à conclure ce contrat. M. X... s'engage à verser la somme de ..., à titre de commission forfaitaire et irréductible, à M. I..., pour le cas où se réaliserait la cession du fonds de commerce, objet de la présente convention.

Conformément à l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, M. X... a fait les déclarations suivantes :

- 1^o — M. X... a acheté ledit fonds à M. T... par acte sous seing privé (ou authentique dressé par M^e ... notaire à ...) en date du ..., enregistré le ... à ... folio... case... pour un prix total de ..., se décomposant comme suit : ... pour les éléments incorporels, ... pour les marchandises, ... pour le matériel ;
- 2^o — M. X... déclare que le fonds est grevé des inscriptions suivantes :...
- 3^o — le chiffre d'affaires s'est élevé :
à ... du ... au ...
à ... du ... au ...
à ... du ... au ... jour du présent acte ;
- 4^o — les bénéfices commerciaux ont été d'un montant
de ... au cours de l'année ...
de ... au cours de l'année ...
de ... au cours de l'année ...

Conformément à l'article 15 de la loi du 29 juin 1935, les livres de comptabilité tenus par M. X... au cours des trois années précédant le dit acte ont été visés par M. X... et M. Y..., ont fait l'objet d'un inventaire, signé par les parties susnommées, et un exemplaire a été remis à chacune d'elles. M. X... s'engage à mettre ses livres de comptabilité à la disposition de M. Y... pendant les trois années suivant l'entrée en possession, si toutefois la vente se réalise.

Fait à ... le ... en ... exemplaires.

Signature de M. X...

Signature de M. Y...

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. - Droit civil :

- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 5^e édition, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1907.
- BEUDANT et LEREBOURG-PIGEONNIERE : *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau : T. VIII par Lagarde, 1936 ; T. XI par Brethe de la Gressaye, 1938.
- COLIN, CAPITANT et JULLIOT de la MORANDIERE : *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz : T. I 11^e édition, 1947 ; T. II 10^e édition, 1948 ; T. III 10^e édition, 1950.
- FENET : *Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 51, rue St-André-des-Arts, 1827.
- JOSSERAND : *Cours de droit civil français*, 3^e édition, Paris, Sirey, 1939.
- Nouveau Répertoire DALLOZ : Paris, Dalloz 1948-1950.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. III par Picard, 1926 ; T. VI par Esmein, 1930 ; T. VII par Esmein, Radouant et Gabolde, 1931 ; T. X par Hamel, 1932.
- PLANIOL, RIPERT et BOULANGER : *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. I 5^e édition, 1950 ; T. II 3^e édition, 1949 ; T. III 4^e édition, 1951.
- Répertoire pratique DALLOZ : Paris, Dalloz 1926.

B. - Droit commercial :

- ESCARRA : *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952.
- HAMEL et LAGARDE : *Traité de droit commercial*, Paris, Dalloz, T. I 1954.
- Jurisclasser commercial V^e F. de C. : *Fascicules 7, 8, 10 bis, 34 et 35*.
- Jurisclasser notarial 2^e partie formulaire V^e F. de C. : *Fascicules P. 1 et P. 2*.
- Nouveau Code de commerce annoté : Paris, Dalloz, 1938.
- RIPERT : *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.

II. - OUVRAGES SPÉCIAUX

- BOUTAUD et CHABROL : *Traité général des fonds de commerce et d'industrie* Paris, Rousseau, 1905.
- CENDRIER : *Le fonds de commerce*, 5^e édition par Martin et Maus, Paris, Dalloz, 1930.
- COHEN : *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2^e édition, Paris, Sirey, 1948.

- Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés : *Travaux de la...*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- DELESTRADE Jean et René : *La révision des ventes de fonds de commerce (loi du 29 juin 1935)*, Paris, Sirey, 1935.
- DEMARS et PERROD : *Règlement du prix des fonds de commerce d'après la loi du 29 juin 1935*, Paris, Sirey.
- DEMONTES et JAUFFRET : *Code de commerce et lois du commerce terrestre et maritime annotés*, Paris, Sirey, T. I 1936.
- Dictionnaire des impôts perçus par l'administration de l'enregistrement : Paris, 6, rue de Nice, Publications de l'indicateur de l'enregistrement, 1942.
- FAIN et FAURE : *Comment on achète un fonds de commerce*, Albin Michel, 1937.
- FAURE et HUILLIER : *La révision du prix de vente des fonds de commerce, loi du 29 juin 1935*, Paris, Sirey, 1935.
- GABREAU et TAILLEFER : *Nouvelle législation sur les fonds de commerce : commentaire de la loi du 29 juin 1935*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1935.
- GENIN et PRUGNARD : *Le règlement du prix de vente des fonds de commerce*, Paris, Sirey, 1937.
- HAAS : *Ce qu'il faut savoir sur l'achat et la vente des fonds de commerce*, Paris, Stock, 1935.
- LASKINE : *Loi du 29 juin 1935 sur le règlement et la révision du prix de vente des fonds de commerce*, Paris, Librairie des facultés, Muller, 1935.
- MEUNIER et ARCHEVEQUE : *Commentaire de la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce*, Paris, Gazette du Palais, 1935.
- F. MONTIER et FAUCON : *De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 4^e édition*, Paris, Rousseau, 1934.
- F. MONTIER et G. F. MONTIER : *De l'acte de vente de fonds de commerce sous le régime de la loi du 29 juin 1935*, Paris, Rousseau, 1939.
- PERRET : *Transmission de fonds de commerce : formalités et délais*, Paris, Sirey, 1942.
- RIVAL : *Nouvelle réglementation des actes de vente de fonds de commerce*, Beaugency, Imprimerie Générale du Notariat, 1937. Mise au courant au 1^{er} octobre 1943 de la nouvelle réglementation des actes de vente de fonds de commerce, Beaugency, Imprimerie Générale du Notariat, 1943.
- VENCENT : *La vente du fonds de commerce*, Paris, Librairie du Journal des Notaires, 1951.

III. - THÈSES DE DOCTORAT

- DAUTRICHE : *La promesse unilatérale de vente en droit français*, Paris, 1930. Editions et publications contemporaines, 41, rue de la Gaïeté, Paris.
- DEFAYE : *Les promesses unilatérales de vente*, Paris, 1907, Sirey, Paris.
- DELOMMEZ : *Des promesses unilatérales de vente d'immeubles*, Lille, 1947, Imprimerie Douriez-Bataille.
- FOISSIN : *Des promesses de vente*, Toulouse, 1924, Imprimerie St-Michel, 74, rue des Récollets, Toulouse.
- DE GUILLIN : *De la promesse unilatérale de vente en droit français*, Paris, 1889, Imprimerie Moquet.
- MAHOUDEAU : *Des promesses de vente*, Paris, 1886, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence.
- RAVOIRE : *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, Montpellier, 1896, Typographie Charles Boehm.
- REDOUIN : *Des arrhes en droit français*, Paris, 1935, Imprimerie Subervie, 21, rue de l'Embergue, Rodez.

IV. - ARTICLES ET CHRONIQUES

- ARCHEVEQUE : *Le compromis de vente de fonds de commerce. Le droit et les affaires*, n° du 17 mars 1937, Paris, 11, rue d'Uzès.
- J. B. : *L'enregistrement des actes sous seing privé à transformer en actes authentiques*, Rép. com. 1939 I, 185.
- BOYER : *Les promesses synallagmatiques de vente : contribution à la théorie des avant-contrats*, Rev. trim. 1949, p. 1.
- CARBONNIER : Rev. trim. 1946, p. 318. Rev. trim. 1948, p. 350, par. 4.
- CHAUVEAU Paul : *Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation* D. H. 1939 chr. p. 37.
- CHAUVEAU René : *Les compromis ou promesses de vente d'immeubles*, R.N.B. 1952, p. 97 et p. 257.
- CHOTEAU : *Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession commerciale*, D. 1945, chr. p. 41.
Les dettes de communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'article 217 D. 1947, chr. p. 17.
- COHEN : *Le compromis de vente de fonds de commerce* R.F.C. 1939 p. 201.
- CREMIEU : *Etude spéciale des mesures protectrices prises au profit des acheteurs de fonds de commerce par le titre II de la loi du 29 juin 1935*, Gaz. Prud. 1935, 223.
Le fonds de commerce, universalité juridique R.F.C. 1935, 311.
- DEMOGUE : *Des contrats provisoires. Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 159.
- ESMEIN : *Commentaire de la loi du 29 juin 1935, Lois nouvelles 1935 I. 197.*
- FREJAVILLE : *Les clauses d'échelle mobile* D. 1952, chr. p. 31.
- GUIGNARD : *Du droit de l'agent d'affaires à sa commission, spécialement en matière de vente de fonds de commerce*, Rép. com. 1939, I. 31.
- HOUIN : *Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation* R.D.C. 1954, p. 32.
- HUBERT : *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, Rev. trim. 1947, p. 1.
- IGNACE : *Des commissions dues à l'occasion des ventes d'immeubles et de fonds de commerce*, G. P. 1952, 2^e semestre, Doct. p. 25.
- JAUFFRET : R.D.C. 1949 p. 293, 294 ; 1950 p. 588 ; 1951 p. 46, 255, 483 ; 1952 p. 66, 305, 801 ; 1953 p. 82, 627.
- JULLIOT de la MORANDIERE : *La femme mariée commerçante*, D.C. 1943, p. 14.
- LAFORCE : *Commentaire de la loi du 29 juin 1935*, R.N.B. 1935. 2. 524.
- LALOU : *Des promesses unilatérales de vente d'immeubles : cessions actives et cessions passives*, D.H. 1928, chr. p. 1.
1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers, D.H. 1928, chr. p. 69.
- LEVEQUE : *La vente des fonds de commerce et la déclaration des bénéfices*, bulletin-commentaire des lois et décrets 1936, p. 53.
- LOUSSOUARN : R.D.C. 1950, p. 509.
- LYON-CAEN Gérard : *De l'évolution de la notion de bonne foi*, Rev. trim. 1946, p. 176.
- MARTY : *Revue trim.* 1938, p. 210.
- F. MONTIER : *Réglementation du prix de vente des fonds de commerce : loi du 29 juin 1935*, R.F.C. 1935. 467.
- MOREL : *La violation d'une promesse de vente, étude de jurisprudence. Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz 1939, p. 541.
- PALMADE : *La loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles*, J.C.P. 1947. I. 669.
- PERRAUD-CHARMENTIER et RIVAL : *Commentaire de la loi du 29 juin 1935*, S.J. p. 857.

- PERRIN : *Commentaire de l'ordonnance du 2 novembre 1945*, S. 1946. 5.85.
- PLAISANT : R.D.C. 1948, p. 178.
- PLANCQUEEL : G. P. 1939, 1er semestre Doct. p. 47.
- PRECIGOUT : *Formules commentées. Ventes volontaires de fonds de commerce. De l'acte sous seing privé préalable à l'acte authentique.* J.C.P. éd. not. 1953, I. 1135.
Les clauses d'échelle mobile dans les ventes et promesses de vente, J.C.P. éd. not. 1954, I. 1191.
Formules commentées. Promesses unilatérales de vente d'immeubles et de fonds de commerce. Constitution et effets de la promesse. J.C.P. éd. not. 1955, I. 1243.
- RIPERT : *L'assainissement des professions commerciales et industrielles*, D. 1947, chr. p. 141.
- RIVAL : *La déclaration des bénéfices et du chiffre d'affaires dans les ventes de fonds de commerce* Rép. com. 1939. I. 118.
Les énonciations obligatoires dans les ventes de fonds de commerce, Rep. com. 1939. 1.145.
- ROUAST : *Droits discrétionnaires et droits contrôlés*, Rev. trim. 1941, p. 1.
- ROULLIER : *Le compromis dans les ventes de fonds de commerce. Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal de commerce de Rouen du 9 janvier 1951.*
- SINAY Hélène : *L'action paulienne et responsabilité délictuelle*, Rev. trim. 1948, p. 182.
- TOULEMON : *L'évolution de la jurisprudence en matière de clauses d'échelle mobile* R.D.C. 1951, p. 663.
- TRASBOT : *Commentaire de la loi du 29 juin 1935* D.P. 1935. 4.313.
- VIAITTE : *Des mentions obligatoires dans les cessions de fonds de commerce* J. not. 1950, p. 397, art. 43.216.
- VOIRIN : *Le pacte de préférence* J.C.P. éd. not. 1954, I. 1192.

V. - COMMENTAIRES DE DÉCISIONS JUDICIAIRES

- BECQUE Emile : J.C.P. 1949.2. 4.388 ; J.C.P. 1949.2. 4.407 ; J.C.P. 1950.2. 5.501 ; J.C.P. 1051.2. 6.615.
- BECQUE Jacques : J.C.P. 1950.2. 5.554.
- BOE : J.C.P. éd. not. 1943.2. 2.175 ; J.C.P. éd. not. 1944.2. 2.668.
- BOITARD : S. 1943.2. 18.
- BOURCART : S. 1906.2. 240.
- CABRILLAC : J.C.P. éd. not. 1953.2. 7.881.
- CHASSAGNADE-BELMIN : J. not. 1948 art. 42.508.
- COHEN : J.C.P. 1955.2. 8.461.
- FEUILLOLEY : D.P. 1915.1 129.
- FREJAVILLE : D.C. 1944.21 ; D.C. 1944. 37.
- GABOLDE : D.P. 1929.2. 68.
- GIVORD : D. 1948.538.
- GUENÉE : D.P. 1897.1.33.
- HEBRAUD : D. 1946.341.
- HUBERT : S. 1931. 1.297.
- LALOU : D.C. 1944. 79 ; D. 1949. 501.
- LAROQUE : S. 1946.1. 30.
- LAURENT Jean-Charles : J.C.P. éd. not. 1953.2. 7.775
- MAGUET : D.C. 1942. 155.
- MALAUURIE : D. 1954. 519.
- MEURISSE : S. 1950.1. 17.

MINVIELLE : D.P. 1931.2. 147.
MONTIER : D.P. 1928.2. 181 ; D.P. 1938.2. 32 ; R.F.C. 1938. 37.
NAST : D.P. 1927.2. 167 ; D.P. 1932.2. 134.
RECH : J.C.P. éd. not. 1947.2. 3.699.
RIPERT : D.P. 1940. 1. 5 ; D.C. 1941. 45 ; D. 1948. 117 ; D. 1950. 308 ; D. 1951. 97.
SAINT-ALARY : J.C.P. 1949.2. 5.187.
TIRLEMONT : S. 1950.1. 97.
TOUJAS : J.C.P. 1948.2. 4.185 ; J.C.P. 1954. 2. 8.357.
TUNC : D. 1946. 232.
VANDAMME : D.P. 1934.1. 151.
VIALLETON : S. 1927.1. 169.
VOISIN : D.P. 1939.1. 5.
VOUIN : J.C.P. 1949.2. 4.962.
X... : G.P. 1949. 1. 112.
X... : S. 1949.2. 99.

VI. - RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Actualité juridique des loyers.
Gazette judiciaire et commerciale de Lyon.
Gazette du palais.
Gazette des prud'hommes.
Gazette des tribunaux.
Gazette des tribunaux de commerce
Journal des juges de paix.
Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille.
Journal des Notaires.
Journal des tribunaux de commerce.
Jurisclasseur périodique, édition générale.
Jurisclasseur périodique, édition notariale.
Moniteur judiciaire de Lyon.
Recueil des arrêts de la Cour de Caen.
Recueil des arrêts des Cours de Rouen et Caen.
Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre.
Recueil de jurisprudence Dalloz.
Recueil de jurisprudence Sirey.
Répertoire commaille.
Revue de droit français commercial, maritime et fiscal.
Revue des fonds de commerce et des baux commerciaux.
Revue juridique d'Alsace-Lorraine.
Revue du notariat et de l'enregistrement.
Revue nouvelle de la basoche.

ANALYTIQUE

	PAGES
PREFACE	—
CODE DES ABRÉVIATIONS.....	I
INTRODUCTION.....	VII
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Raisons d'être des promesses de vente de fonds de commerce.....	1
Section I. — Raisons d'être pratiques des promesses de vente de fonds de commerce.....	7
Section II. — Raisons d'être psychologiques des promesses de vente de fonds de commerce.....	7
Section III. — Raisons d'être juridiques des promesses de vente de fonds de commerce.....	8

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE I. — Promesse unilatérale de vente de fonds de commerce	13
Section I. — Définition	13
Section II. — Distinction entre l'offre et la promesse unilatérale de vente	14
I. — Offre de vente	14
II. — De l'offre à la promesse unilatérale de vente	16
Section III. — Formation de la promesse unilatérale de vente	17
I. — De l'acceptation	17
II. — Acceptation expresse	19
III. — Acceptation tacite	20
IV. — Moment de la formation de la promesse unilatérale de vente	21
Section IV. — Nature juridique	21
I. — Validité	22
II. — Nature juridique	23
III. — Catégorie	24
CHAPITRE II. — Promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce	27
Section I. — Définition	27
Section II. — Interprétation de l'article 1589 du Code civil	28
I. — Interprétation littérale du texte	29
II. — Examen des travaux préparatoires du Code civil	29
III. — Interprétation jurisprudentielle	31
Section III. — Nature juridique de la promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce	32
I. — Nature juridique d'un engagement de faire	33
II. — Nature juridique d'une vente	37
III. — Promesse synallagmatique de vente et effets de la vente	37
CHAPITRE III. — Parité ou disparité des clauses accessoires	39
Section I. — Etude analytique des clauses accessoires	39
I. — La clause d'arrhes	39
II. — La clause de dédit	41
III. — La clause pénale	43
Section II. — Etude synthétique des clauses accessoires	46
I. — Parité entre la clause d'arrhes et la clause de dédit	46
II. — Disparité entre la clause pénale, les arrhes et le dédit	47

CHAPITRE IV. — Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses de vente	
térales de vente de fonds de commerce.....	49
Section I. — Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses unila-	
térales de vente de fonds de commerce.....	49
I. — La thèse de l'illicéité.....	50
II. — Thèse intermédiaire : dédit et volonté d'acquérir.....	52
III. — La thèse de la licéité.....	54
IV. — Conclusion	57
Section II. — Licéité ou illicéité du dédit dans les promesses synal-	
lagmatiques de vente de fonds de commerce.....	59
CHAPITRE V. — Influence du dédit sur la nature juridique des promesses	
de vente de fonds de commerce.....	61
Section I. — Nature juridique du dédit dans les promesses de vente	
de fonds de commerce	61
I. — Dédit et résiliation unilatérale.....	61
II. — Dédit et condition.....	62
III. — Dédit et condition valable	65
Section II. — Nature juridique des promesses de vente de fonds de	
commerce avec dédit.....	66
I. — Nature juridique des promesses unilatérales avec dédit.....	66
II. — Nature juridique des promesses synallagmatiques avec	
dédit	68
CHAPITRE VI. — Conséquences juridiques de clauses accessoires inspirées	
par la prudence.....	73
Section I. — Nature juridique des clauses inspirées par la prudence	
I. — Nature juridique de la clause de rédaction d'acte définitif	73
II. — Nature juridique de la clause de paiement du prix.....	74
Section II. — Influence des clauses sur la nature juridique des	
promesses de vente.....	76
I. — Nature juridique de la promesse de vente préalable.....	76
II. — Nature juridique de la promesse avec clause de paiement	77

SECONDE PARTIE

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE VII. — Conditions de forme.....	81
Section I. — Du caractère civil ou commercial des promesses de	
vente de fonds de commerce.....	82
I. — De la commercialité de la promesse synallagmatique de	
vente	82
II. — De la commercialité de la promesse unilatérale de vente	84
Section II. — Forme verbale ou forme écrite.....	87
I. — Thèse formaliste.....	88
II. — Thèse consensualiste	88
Section III. — De l'application des articles 1325 et 1326 du Code civil	91
I. — Promesse de vente de fonds de commerce et article 1325	91
II. — Promesse de vente de fonds de commerce et article 1326	92
CHAPITRE VIII. — Conditions de validité de droit commun.....	95
Section I. — Conditions relatives au consentement.....	95
I. — L'erreur dans les promesses de vente de fonds de commerce	95
II. — Le dol dans les promesses de vente de fonds de commerce	96
III. — La violence dans les promesses de vente de fonds de	
commerce	98
IV. — Sanction des vices du consentement.....	99
V. — Vice du consentement et loi du 29 juin 1935.....	99
Section II. — Conditions relatives à la capacité.....	100
I. — Mineur non émancipé.....	101
II. — Mineur émancipé et non autorisé à faire le commerce.....	102
III. — Mineur émancipé, autorisé à faire le commerce.....	103
IV. — Aliéné interdit.....	103
V. — Aliéné interné non interdit.....	104
VI. — Aliéné non interné ni interdit	105
VII. — Prodigue et faible d'esprit.....	105
VIII. — Interdit légal.....	107
IX. — Femme mariée.....	108
X. — Failli.....	122
XI. — Commerçant admis au règlement judiciaire.....	125
XII. — Etranger	126
XIII. — Capacité du bénéficiaire et lois d'interdiction.....	128

	Pages
Section III. — Conditions relatives à l'objet	130
I. — Détermination de l'objet.....	130
II. — Licéité et moralité de l'objet.....	138
Section IV. — Conditions relatives à la propriété.....	139
I. — Promesse de vente du fonds d'autrui.....	139
II. — Promesse de vente du fonds indivis.....	140
CHAPITRE IX. — Conditions spéciales de validité: les mentions obligatoires	145
Section I. — Raisons d'être des mentions obligatoires.....	145
I. — Situation avant la loi du 29 juin 1935	145
II. — Les intentions du législateur	146
Section II. — Promesses de vente et mentions obligatoires	147
I. — Promesse unilatérale et mentions obligatoires	147
II. — Promesse synallagmatique sans dédit et mentions obligatoires	149
III. — Promesse synallagmatique avec dédit et mentions obligatoires	149
IV. — Promesses verbales et mentions obligatoires	157
Section III. — Nature des mentions obligatoires	158
I. — Origine de propriété	158
II. — Etat des privilèges et nantissements	161
III. — Chiffre d'affaires	161
IV. — Bénéfices commerciaux	166
V. — Droit au bail	168
Section IV. — Sanction en cas de défaut des mentions obligatoires..	170
I. — Nature de la sanction	170
II. — Caractères de la nullité	171
III. — Renonciation à l'exercice de l'action en nullité	173
IV. — Délai d'exercice de l'action en nullité	174
V. — Compétence en matière d'action en nullité	176
VI. — Charge de la preuve	177
VII. — Conditions du prononcé de la nullité	178

TROISIÈME PARTIE

EFFETS DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE X. — Transfert de propriété et risques	191
Section I. — Transfert de propriété et promesse unilatérale de vente.	191
I. — Conditions de validité de la levée de l'option	192
II. — Effets de la levée de l'option	196
Section II. — Transfert de propriété et promesse synallagmatique de vente	197
I. — Dans la promesse synallagmatique de vente pure et simple	197
II. — Dans la promesse synallagmatique de vente conditionnelle	198
III. — Conclusion	200
Section III. — Risques dans les promesses de vente de fonds de commerce	201
I. — Nature des risques	201
II. — Charge des risques	203
CHAPITRE XI. — Situation juridique du promettant	207
Section I. — Dans la promesse unilatérale de vente	207
I. — Droits du promettant	207
II. — Obligation du promettant	209
III. — Transport de l'obligation	211
IV. — Violation de son obligation par le promettant	212
Section II. — Dans la promesse synallagmatique de vente	216
Sous-section I. — Dans la promesse synallagmatique de vente à exécution certaine	216
I. — Droit du promettant	216
II. — Obligation du promettant	216
Sous-section II. — Dans la promesse synallagmatique de vente à exécution éventuelle	218
I. — Droits du promettant	218
II. — Obligation du promettant	219
CHAPITRE XII. — Situation juridique du bénéficiaire	221
Section I. — Dans la promesse unilatérale de vente	221
I. — Nature du droit	221
II. — Sauvegarde du droit	221
III. — Transport du droit	221

	Pages
Section II. — Dans la promesse synallagmatique de vente	223
I. — Dans la promesse synallagmatique de vente à exécution certaine	223
II. — Dans la promesse synallagmatique de vente à exécution éventuelle	223
CHAPITRE XIII. — Obstacles à l'exécution des promesses de vente de fonds de commerce	225
Section I. — Obstacles à l'exécution des promesses de vente sans dédit	225
I. — Obstacles opposés par le promettant	225
II. — Obstacles opposés par le bénéficiaire	226
Section II. — Obstacles à l'exécution d'une promesse de vente avec dédit	227
I. — Exécution forcée et dédit	227
II. — Procédure	228
III. — Force majeure et dédit	228
CHAPITRE XIV. — Situation juridique de l'intermédiaire	231
Section I. — Qualité juridique	231
I. — L'intermédiaire est un loueur d'industrie	231
II. — L'intermédiaire est un courtier	233
III. — L'intermédiaire est un agent d'affaires	233
IV. — Conclusion	234
Section II. — Rémunération	234
I. — Droit à rémunération	234
II. — Conditions d'octroi d'une rémunération	235
III. — Fixation de la rémunération	237
IV. — Octroi d'une rémunération en cas de caducité de la promesse	241
Section III. — Responsabilité	244
I. — A l'occasion de la présentation d'un acquéreur éventuel ..	245
II. — A l'occasion de la rédaction de la promesse de vente ..	245
CHAPITRE XV. — Publicité et enregistrement	247
Section I. — Publicité des promesses de vente de fonds de commerce.	247
Section II. — Enregistrement des promesses de vente de fonds de commerce	248
I. — Promesses soumises à l'enregistrement	248
II. — Droits d'enregistrement	249
III. — Lieu d'enregistrement	250
IV. — Délai d'enregistrement	250
V. — Sanction	251

CONCLUSION GÉNÉRALE

LE CONTENTIEUX DES PROMESSES DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE :

SES CAUSES ET SES REMÈDES	253
Formulaire	256
Formule I. — Promesse unilatérale de vente sans contrepartie.	256
Formule II. — Promesse unilatérale de vente avec contrepartie.	258
Formule III. — Promesse synallagmatique de vente avec dédit.	258
Bibliographie	261
Table des matières analytique	267
Table des matières alphabétique	271
Table des textes	277

TABLE DES MATIÈRES

ALPHABÉTIQUE

	Pages
ACCEPTIONATION :	
— acception expresse	19 et 20
— acception tacite	20 et 21
— de la promesse de vente	17 à 21
ADMINISTRATEUR LEGAL :	
— père	101
AGENT D'AFFAIRES :	
— voir intermédiaire.	
ALIENE :	
— interdit	103 et 104
— interné non interdit	104
— non interné ni interdit	104 et 105
ANNEE D'EXPLOITATION	162 à 166
ARBITRES :	
— voir prix	
ARRHES :	
— définition	39
— disparité avec la clause pénale	47
— fonctions	40 et 41
— parité avec la clause de dédit	46
— remise	39
ASSIMILATION	
— ...de la promesse synallagmatique à la vente	29 à 31
	37 - 71
BAIL :	
— mentions obligatoires	168 et 169
BENEFICES COMMERCIAUX :	
— années à déclarer	168
— chiffres à déclarer	166 à 168
BENEFICIAIRE D'UNE OPTION :	
— nature du droit	221
— sauvegarde du droit	221
— transport du droit	221 à 223
BENEFICIAIRE D'UNE PROMESSE SYNALLAGMATIQUE :	
— situation juridique	223 et 224
BESOINS DU COMMERCE :	
— acte fait pour les... ..	110 à 112
CAPACITE D'EXERCICE :	
— étranger	127 et 128
CAPACITE DE JOUISSANCE :	
— étranger non-résidant	127
— étranger résidant	126 et 127
CATEGORIE DE CONTRATS :	
— promesse unilatérale de vente	24 et 25
CESSATION DE PAIEMENTS :	
— voir failli	
CESSION DE DROIT AU BAIL :	
— rapports avec la promesse de vente	3
CESSIONNAIRE DE LA PROMESSE :	
— levée d'option	192
CHIFFRE D'AFFAIRES :	
— années à déclarer	162 à 166
— chiffres à déclarer	161 et 162
CLAUSE PENALE :	
— caractères essentiels	43 et 45
— définition	43 et 44
— disparité avec les arrhes et le dédit	47
— fonctions	45

	Pages
COMMERCIALITE :	
— promesse synallagmatique	82 à 84
— promesse unilatérale	84 à 87
COMPETENCE :	
— voir nullité relative.	
COMPROMIS DE VENTE	4
CONDITION POTESTATIVE	22 et 23
	64 et 65
	74
CONDITION RESOLUTOIRE :	
— dédit	61 et 62
— effets	200
CONDITION SUSPENSIVE	
— dédit	62 à 64
— effets	199 et 200
CONJOINT :	
— levée d'option	193
CONSERVATION DE LA CHOSE	217
CONTRAT PREPARATOIRE	23 et 24
COURTIER :	
— voir intermédiaire.	
CREANCIER :	
— levée d'option	194
DEDIT :	
— caractères essentiels	42
— condition résolutoire	61 et 62
— condition suspensive	62 à 64
— condition valable	64 et 65
— considéré comme illicite dans une promesse unilatérale ..	50 et 51
— considéré comme licite dans une promesse unilatérale ..	54 à 59
— considéré comme manifestant la volonté d'acquiescer ..	52 à 54
— définition	41 et 42
— disparité avec la clause pénale	47
— exécution forcée	227 et 228
— fonctions	43
— force majeure	228 et 229
— indemnité d'attente	57 à 59
— indemnité pour le préjudice subi	55 et 56
— parité avec la clause d'arrhes	46
— prix de la promesse	56 et 57
— rémunération du service rendu	56
— résiliation unilatérale	60 et 61
DEFINITION :	
— clause d'arrhes	39
— clause de dédit	41 et 42
— clause pénale	43 et 44
— fonds de commerce	2 et 3
— promesse synallagmatique de vente de fonds de com-	
merce	27
— promesse unilatérale de vente de fonds de commerce ..	13 et 14
— promesse de vente de fonds de commerce	2
DELAI :	
— option	194 et 195
DEROGATION :	
— voir nullité relative	
DISPENSE :	
— mentions obligatoires	181 et 182
DOL :	
— bénéfices et chiffre d'affaires	97 et 98
— définition	96 et 97
— principal et incident	97
— privilèges et nantissements	98
DOMMAGES - INTERETS :	
— nullité de la promesse	170 et 171
DONATAIRE :	
— levée d'option	193
DROIT AU BAIL :	
— voir bail.	
ECHELLE MOBILE :	
— voir prix.	

	Pages
ENGAGEMENT DE FAIRE :	
— concept	33 à 36
— mentions obligatoires	151 à 153
ENREGISTREMENT :	
— cession d'une promesse unilatérale	250
— délai	250 et 251
— droits	249 et 250
— lieu	250
— promesses soumises	248
— sanction	251
ERREUR :	
— bénéfices	96
— chiffre d'affaires	96
— clientèle	96
— durée du bail	96
— montant du loyer	96
— personne	96
— substance	95 et 96
ETRANGER :	
— bénéficiaire	126 à 128
— promettant	126
EVICITION	184 et 185
EXECUTION DE LA PROMESSE DE VENTE :	
— précédents historiques	29 et 30
— obstacles — voir obstacle.	
EXERCICE COMPTABLE :	
— voir année d'exploitation.	
FAIBLE D'ESPRIT :	
— voir prodigue.	
FAILLI :	
— bénéficiaire	123 à 125
— promettant	122 et 123
FAURE (Tribun) :	
— sens de l'article 1589	30
FEMME MARIEE :	
— A) bénéficiaire d'une promesse synallagmatique	116 à 122
— B) bénéficiaire d'une promesse unilatérale	115 et 116
— C) promettant	110 à 114
— commerçante	110 à 114
— commune en biens	108 à 114
— non commerçante	108 à 110
	113
— régime dotal	115
— séparée de biens	114 et 115
FONDS DE COMMERCE :	
— bien commun	108 à 113
— bien dotal	115
— bien paraphernal	115
— bien propre de la femme	113 et 114
— bien propre du mari	114
— bien réservé	113
— d'autrui	139 et 140
— définition - voir définition.	
— indivis	140 à 143
— objet - voir objet.	
FORCE MAJEURE :	
— dédit	228 et 229
FORMALITE DU « BON POUR »	92 et 93
FORMALITE DES DOUBLES	91 et 92
FORMATION DE L'OPTION :	
— époque	21
FORME :	
— levée d'option	195
— opposition maritale - voir opposition maritale.	
— promesse de vente	87 à 91
GRENIER (Tribun) :	
— opinion sur la vente	1
— sens de l'article 1589	30 et 31
HERITIER :	
— levée d'option	193
INDICATEUR	232

INDIVISION :	
— voir fonds de commerce.	
INTENTIONS DU LEGISLATEUR :	
— loi du 29 juin 1935	88 et 89
INTERDICTION DE COMMERCER :	146 et 147
— champ d'application	128 et 129
— effets	129 et 130
INTERDIT LEGAL	107 et 108
INTERMEDIAIRE :	
— agent d'affaires	233
— conditions d'octroi d'un salaire - voir salaire.	
— courtier	233
— droit à rémunération	234 et 235
— loueur d'industrie	231 et 232
— responsabilité	244 à 246
INTERPRETATION :	
— de l'article 1589	28 à 32
JUGEMENT DECLARATIF :	
— voir failli	
LEGATAIRE :	
— levée d'option	193
LESION :	
— mentions obligatoires	185 à 188
— promesse unilatérale de vente	58 et 59
LEVEE D'OPTION :	
— conditions de validité	192 à 196
— effets	196 et 197
LIVRES COMPTABLES :	
— visa et communication	218
LOCATION - GERANCE :	
— conditions	86 et 87
— femme mariée	117 et 118
— mineur émancipé et non autorisé	103
— prodigue et faible d'esprit	107
LOUEUR D'INDUSTRIE :	
— voir intermédiaire.	
MALEVILLE :	
— sens de l'article 1589	31
MANDATAIRE :	
— levée d'option	192
MENTIONS OBLIGATOIRES :	
— nature	158 à 169
— promesse synallagmatique avec dédit	150 à 157
— promesse synallagmatique sans dédit	160
— promesse unilatérale	147 à 150
— promesse verbale	157 et 158
— raisons d'être	145 à 147
— sanction - voir nullité relative.	
MINEUR EMANCIPE :	
A) Autorisé à faire le commerce :	
— bénéficiaire	103
— promettant	103
B) Non autorisé à faire le commerce :	
— bénéficiaire	102 et 103
— promettant	102
MINEUR NON EMANCIPE :	
— bénéficiaire	101 et 102
— promettant	101
MODALITES :	
— levée d'option	195 et 196
NANTISSEMENT	161
NATURE JURIDIQUE :	
— clause de paiement du prix	74 à 76
— clause de rédaction d'acte définitif	73 et 74
— dédit dans les promesses de vente	61 à 66
— offre de vente — voir offre de vente.	
— promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce	32 à 38
— promesse synallagmatique avec dédit	68 à 71
— promesse unilatérale de vente de fonds de commerce	23 et 24
— promesse unilatérale avec dédit	66 à 68
— promesse de vente préalable	76 et 77

	Pages
NON-RETABLISSEMENT (Clause de...)	14
NULLITÉ RELATIVE :	
— caractères	171 à 173
— champ d'application	89 et 90, 170
— charge de la preuve	177 et 178
— compétence	176 et 177
— conditions du prononcé	178 à 188
— délai d'exercice	174 à 176
— renonciation	173 et 174
OBJET :	
— fonds de commerce	130 et 131
— licéité et moralité	138
— prix — voir prix.	
OBLIGATION ALTERNATIVE	69 et 70
OBLIGATION DE CONTRACTER	36
OBLIGATION DE DONNER :	
— promesse unilatérale	209 et 210
OBLIGATION DE NE PAS FAIRE :	
— promesse unilatérale	210
OBLIGATION FACULTATIVE	70 et 71
OBSTACLES :	
— opposés par le bénéficiaire	226 et 227
— opposés par le promettant	225 et 226
— recours au dédit	227 à 229
OFFRE DE VENTE :	
— destinataire	14
— différence avec la promesse unilatérale	16 et 17
— effets	16
— nature juridique	15 et 16
OMISSION :	
— mentions obligatoires	178 et 179
OPPOSITION MARITALE :	
— effets	121 et 122
— forme	118 et 119
— mainlevée	115
— preuve	119 à 121
— validité	117 et 118
ORIGINE DE PROPRIÉTÉ	158 à 161
PACTE DE PREFERENCE :	
— comparaison avec la promesse unilatérale de vente	66 et 67
PAIEMENT DU PRIX (Clause de...)	74 à 76
POLLICITATION :	
— voir offre de vente.	
PORTALIS :	
— sens de l'article 1589	30
PREJUDICE :	
— mentions obligatoires	182 à 188
— nature	184 à 188
— nécessité	182 et 183
PREUVE :	
— voir nullité relative.	
PRIVILEGE :	
— voir nantissement.	
PRIX :	
— déterminé par arbitres	133
— déterminé par clause d'échelle mobile	134 à 136
— déterminé par factures	133
— modes d'indication	132
— nécessité	131, 134
— réel	137 et 138
— sérieux	137
PRODIGE :	
— bénéficiaire d'une promesse synallagmatique	107
— bénéficiaire d'une promesse unilatérale	106 et 107
— promettant	105 et 106
PROMESSE DE VENTE DE FONDS DE COMMERCE :	
— Définition — voir définition.	
— raisons d'être juridiques	8 et 9
— raisons d'être pratiques	7 et 8
— raisons d'être psychologiques	8

	Pages
PROMETTANT DANS LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE :	
— droit	216, 218 et 219
— obligations	216 à 218, 219
PROMETTANT DANS LA PROMESSE UNILATERALE :	
— droits	207 à 209
— obligation	209 à 211
— transport de l'obligation	211 et 212
— violation de l'obligation	212 à 216
PUBLICITÉ	247
REDACTION D'ACTE DEFINITIF (Clause de...)	38, 73 et 74
RAISONS D'ETRE :	
— promesse de vente — voir promesse de vente de fonds de commerce.	
— mentions obligatoires	145 à 147
REFORME DU CODE DE COMMERCE (Travaux de la commission)	89 et 90, 149 et 150 154, 169, 175
REGLEMENT JUDICIAIRE :	
— commerçant bénéficiaire	126
— commerçant promettant	125
RENONCIATION :	
— voir nullité relative.	
RENSEIGNEMENTS ORAUX :	
— mentions obligatoires	180 et 181
RESERVE DE PROPRIETE	37 et 38, 198
RISQUES :	
— charge dans la promesse synallagmatique conditionnelle	205 et 206
— charge dans la promesse synallagmatique pure et simple	204 et 205
— charge dans la promesse unilatérale	203 et 204
— perte et dépréciation du droit à la clientèle	202 et 203
— perte et dépréciation des éléments corporels	211
— perte et dépréciation des éléments incorporels	201 et 202
SALAIRE DE L'INTERMEDIAIRE :	
— caducité de la promesse	241 à 244
— conclusion d'un contrat d'entremise	235
— exécution du contrat d'entremise	235
— fixation conventionnelle	237 et 238
— fixation judiciaire	238 à 241
— preuve du contrat d'entremise	235
— quotité	237
TIERS ACQUEREUR :	
— bonne foi	215 et 216
— mauvaise foi	212 à 215
TRANSFERT DE PROPRIETE :	
— intention des parties	61, 62
— promesse synallagmatique conditionnelle	198 à 200
— promesse synallagmatique pure et simple	197 et 198
— promesse unilatérale	191 à 197
TRAVAUX PREPARATOIRES :	
— article 1589 du Code civil	30 et 31
VALIDITE :	
— dédit à la charge du bénéficiaire d'une option	49 à 59
— dédit dans les promesses synallagmatiques	59
— promesse unilatérale de vente	22 et 23
VENTE CONDITIONNELLE :	
— mentions obligatoires	153 à 157
— promesse unilatérale	23
VENTE FERME	23
VENTE IMMEDIATE	69
VICE DU CONSENTEMENT :	
— définition	97 à 100
— loi du 29 juin 1935	99 et 100
— mentions obligatoires	179 à 182
— sanction	99
VIOLENCE	98 et 99

TABLE DES TEXTES

CODE CIVIL		Articles		Pages		Articles		Pages	
Articles	Pages								
216	105	1174	22, 64, 72	1689	218				
217	105, 106	1179	195	1690	188, 218				
	107	1182	201	1986	230				
219	107	1183	196	1999	240				
223	117	1226	45	2251	171				
224	110	1227	44, 45						
389	98	1228	47, 223						
487	100	1257	222	CODE DE COMMERCE					
502	100	1304	96	2	99				
504	102	1313	183	3	99 et 100				
883	139	1325	89, 90	5	107				
1103	22, 24	1326	90	7	118				
1108	35	1341	79	63	116 à 118				
1110	92, 138	1382	209	64	116 à 118				
1111 à 1115 ..	95	1421	105	109	79				
1116	94, 138	1436	105, 106	632, 633, 638	80, 81				
1120	137	1536	111	CODE GENERAL					
1130	135	1551	112	DES IMPOTS					
1131	50, 242	1576	112	637	250				
1134	22, 57	1583	29	646	248				
	242	1589	22, 28 à	659	250				
1136	200		32	661	250				
1137	200	1590	41	729	250				
1138	200	1591 et 1592 ..	128						
1152	43, 44, 57	1599	136, 137	CODE PENAL					
1156	18	1610	222, 223	29	104				
1157	52 et 54	1611	223	CODE DE PROCEDURE					
1160	128	1614	213, 219	CIVILE					
1167	119, 209	1636	138	420	173				
	210	1657	223	1033	172				
		1673	215						

LOIS		Dates		Pages	
Dates	Pages				
30 juin 1838		30 août 1947	121, 123, 125		
art. 39	101		126		
27 février 1880		14 avril 1952	126		
art. 1	98, 101, 105	31 décembre 1953	180		
art. 4	99, 105	20 mars 1956	84, 104, 115		
art. 8	101				
17 mars 1909	85	DECRETS			
29 juin 1935		17 juin 1938	123		
art. 12	85, 86, 142	12 novembre 1938	124		
	et 143	15 juillet 1947	123, 124		
	154 à 165	9 août 1953	116 et 117		
art. 15	160	30 avril 1955	158		
16 novembre 1940	32	20 mai 1955	120, 122		
13 avril 1946	135				

